وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور القاضي في فك الرابطة الزوجية لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج
مدعما باجتهادات قضائية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر تخصص أحوال شخصية

من إعداد الطالب :

ربحي سليمان

تحت إشراف الأستاذ:

عنان حرشاوي

اللجنة المناقشة

أ/.....رئيسا

أ/..... مشرفا

أ/..... مناقشا

ا لموسم الجامعي : 2016/2015

شكـــــروعــرفان

اشكرا الله تعالى الذي بقدرته أعيش و أحيا والذي انعم على عباده العلم وأوصى به .

اشكر أستاذي الفاضل حرشاوي عنان الذي شجعني في مشواري وساعدني

أتقدم بالشكر إلى من أعطاني يد المساعدة في انجاز هذا العمل

دون أن أنسى أعضاء لجنة لمناقشة الذي يشرفني أن يقيموا عملي المتواضع

إهـــــــداء

إلى من شجعني طويلا والدي الكريم رحمه الله والى من حملتني وهنا على وهن ومن كرمتني

بالوجود أمي الحنون

إلى من قاسمت معي هذا العمل زوجتي

إلى كل العائلة الكريمة

إلى أصدقائي وزملائي الذين كانوا عونا وسندا

إلى أستاذي الكريم عنان حرشاوي

إليكم كلكم اهدي عملي هذا .

مقدمة :

إن الأسرة هي الدعامة الأساسية في بناء المجتمع، والتي إذا صلحت صلح هذا المجتمع وإذا فسدت فسد، لذلك شرع الله الزواج من أجل تكوين أسرة التي تقوم على المودة والرحمة وتحقيق الترابط والتكافل بين الزوجين مصداقا لقوله تعالى: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ[1] »، كما بين القرآن الكريم النصوص التي تنظم علاقة الزوج بزوجته تنظيما محكما من خلال تحديد الحقوق والواجبات بين الزوجين، ووصف سبحانه وتعالى العقد الذي يربط بينهما بالميثاق الغليظ في قوله عز وجل. « وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً [2]»، وذلك لما لهذا العقد من قدسية خاصة توجب الالتزام بما شرعه الله من حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين

والأصل أن الآثار المترتبة على العقود عامة وعقد الزواج بصفة خاصة، أنها من صنع الشارع وجعله سواء أراد المتعاقد هذه الآثار أو لم يردها، لأن دور الإرادة يقتصر على إنشاء هذا العقد فقط، وآثار عقد الزواج هو حق الزوجة في النفقة والعدل بين الزوجات فر حالة التعدد وحريتها في التصرف في مالها، وحق الزوج في الطلاق الذي يقابله حق الزوج في التطليق والخلع، ثبوت نسب الأولاد، التوارث بين الزوجين إلى غير ذلك من الآثار.

فإذا كان الأصل أن الشارع هو الذي يرتب آثار عقد الزواج، وذلك صونا وضمانا لهذا العقد حتى لا يتعرض إلى شروط قد تتنافى مع مقتضاه أو تتعارض مع مقاصد الشرع، واستثناء من ذلك فإنه يبقى من حق الزوجين تضمين عقد زواجهما بالشروط التي يريانها ضرورية، والتي من شأنها أن تعدل من آثار هذا العقد بالزيادة أو النقصان، كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو تشترط إكمال دراستها أو الاستمرار في عملها، أو يشترط الزوج وصفا معينا في المرأة كأن تكون بكرا أو جميلة، أو الاتفاق حول نصيب كل من الزوجين من الأموال المكتسبة بينهما معا بعد الزواج

وقد منح الإسلام حق اشتراط الشروط في عقد الزواج لكلا الزوجين، طالما لا تتعارض هذه الشروط مع كتاب الله أو سنة رسوله أو تحل حراما أو تحرم حلالا، وهذا ما ذهب إليه المشرع في المادة: 19 من قانون الأسرة[3] التي تنص على أنه: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون»

فللزوج أن يشترط ما يشاء من الشروط» وللزوجة أيضا الحق في أن تحتاط لنفسها وتشترط ما تراه من شروط تحفظ لها حقها» فما تشترطه الزوجة أولى بالوفاء من الشروط التي يشترطها الزوج ء لأنها لا تتمكن من المفارقة بالطلاق» فذلك تكريم لها ورعاية لجانبها كي تستمر العلاقة الزوجية قانعة على أساس من العدل والمودة والرحمة» وحتى يحقق الزواج غاياته.

ونجد أن الفقهاء متفقون على أن من الشروط ما هو مباح وجائز يصح التزامه ويجب الوفاء به، وأن منها ما ليس بجائز فلا يصح التزامه ولا يجوز الوفاء به، غير أنهم يختلفون حول الضابط الذي يحكم الشروط الصحيحة المشروعة والشروط الباطلة غير المشروعة، كما أن المشرع لم يحدد في قانون الأسرة الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة ما عدا شرطي عدم تعدد الزوجات وشرط العمل الواردان في المادة 19 السالفة الذكر، ومن هنا قد يثور نزاح بين الزوجين حول صحة شرط من الشروط، فلا شك أن القاضي هو الذي يحسم هذا النزاع من خلال السلطة التقديرية التي يتمتع بها في اختيار رأي من الآراء الفقهية في هذا المجال، ليحكم بصحة الشرط أو بطلانه .

وقد يكون الشرط صحيحا لكن يتعذر الوفاء به، الأمر الذي يسمح للمشترط عليه اللجوء إلى القضاء ليطلب تعديله أو إعفاءه منه، كما أن المشترط عليه قد يمتنع عن الوفاء بالشرط دون عذر يذكر، فلا شك أن القاضي بحكم ما يتمتع به من سلطة

---

1 سورة الروم، الآية 21.

2 سورة النساء، الآية 21.

3 قانون 84-11، المؤرخ في 09\06\1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27\02\2005.

تقديرية تسمح له إما بإجباره على تنفيذ هذا الشرط أو فسخ عقد الزواج .

ويتمثل السبب الذي دفعني لاختيار هذا الموضوع كون أن الاشتراط من المسائل الهامة في هذا العصر، وقد اختلف الفقهاء بشأنه اختلافا كبيرا، كما أن قانون الأسرة قد أغفل جانب الاعتناء بالشروط المقترنة بعقد الزواج ولم يوليها اهتماما كبيرا، إذ تناول هذه المسألة بشكل من العموم والإيجاز، حيث نص عليها في مادة وحيدة ألا وهي المادة:19، فلم يوليها الحماية القانونية اللازمة في قانون الأسرة ولا حتى في قانون العقوبات، كما أنه لم يتطرق لأثر الإخلال بالشروط إلا في فقرة وحيدة وهي الفقرة 9 من المادة:53،الأمر الذي فتح الباب على مصراعيه أمام الناس، فتفننوا في وضع الشروط في عقد الزوج حسب أحوالهم قصد الوصول إلى مبتغاهم، وتغريرا ببعضهم البعض دون وازع ديني ولا رادع قانوني، مادام أنه لا يوجد جزاء أو عقوبة تنتظرهم .

وتتجلى أهمية هذا الموضوع في كونه يرتبط بمبدأ هام في القوانين الوضعية ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود، والذي مفاده أن الأفراد أحرار في إنشاء العقود والشروط، فلا شك أن ذلك يقتضي ظهور معاملات و مشارطات لم تكن معروفة من قبل ولم يرد بها نص شرعي، خاصة أن ما يتميز به هذا العصر هو زيادة حاجة الناس إلى الاشتراط في العقود، وذلك نتيجة لدخول المبادئ القانونية في القانون المدني واتساع الحرية الفردية، ورغبة كل إنسان في تأسس حياته الزوجية تبعا لظروفه الخاصة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الممارسات الضارة التي تتعرض لها الزوجات من قبل أزواجهن، كالاعتداء الجسدي عليهن، أو إساءة معاملتهن، دفع الجمعيات النسوية إلى المطالبة بحماية المرأة، وهذا كان حافزا لها في أن تفكر في حماية نفسها وضمان مصالحها بشروط تشترطها في عقد الزواج.

وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء حول دور القاضي في مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج وتقدير مشروعيتها، نظرا لتشعب الخلاف الفقهي في هذا الموضوع، وكذا دوره في إبطال عقد الزواج كليا أو إبطال الشرط فقط مع الإبقاء على العقد صحيحا وقائما، وأيضا دوره في تديل العقد لإعادته إلى العدالة بعد أن صارت الشروط المقترنة به مرهقة للملتزم بها، أو أن تكون شروطا تعجيزية يستحيل الوفاء بها في ظل الظروف المعيشية والاجتماعية الصعبة.

وتهدف هذه الدراسة أيضا إلى بيان دور الفقه الإسلامي في معالجة الواقع الاجتماعي في كل وقت، لاسيما في الوقت الذي تأثرت فيه الأمة ببعض التقاليد الاجتماعية نتيجة الظروف الاقتصادية والسياسية التي تمر بها في الوقت الراهن، فالمعروف أن الزواج الإسلامي الصحيح هو ما توفر فيه أركانه وشروطه، إلا أن ثمة أنواع من الأنكحة نشأت تحت تأثير ظروف اجتماعية، فجاءت ملبية لحاجات تلك المجتمعات التي نشأت فيها كزواج المتعة وزواج المسيار .

كما تهدف هذه الدراسة إلى معرفة مدى مسايرة مبدأ حرية الاشتراط في عقد الزواج للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية في حياة الزوجين، وبالتالي المساهمة في حل المشاكل التي قد تعترضهما مع تطور العصر.

إن الحاجة إلى الاشتراط في العقود ازدادت في العصر الحالي خاصة في عقد الزواج، باعتبار أن وضع الشروط هو السبيل الوحيد أمام الزوجين لتحقيق منافع ومصالح ضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج، بل لابد من اشتراطها مسبقا والنص عليها في العقد، بالإضافة إلى أن هذه الشروط تعمل على تجنيب الأسرة الوقوع في خلافات ومشاكل بين الزوجين، وقد تعرض قانون الأسرة إلى الاشتراط في المواد 19و 32 و 35 منه، ولكن يبقى الغموض يكتنفها وبخاصة المادة 19 من الناحية القانونية ومن الناحية الإجرائية أو التنظيمية، ولإزالة هذا الغموض نطرح الإشكالية التالية:

هل عقد الزواج كل ما يحمله من قيم نبيلة ومعان خاصة تسمح للقاضي بالإنقاص أو الزيادة أو الإلغاء من مضمون هذا العقد ؟ وما مدى سلطته في تقرير البطلان الكلي أو الجزئي لهذا العقد ؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية طرح التساؤلات التالية:

هل حرية الزوجين في إدراج الشروط في عقد الزواج مطلقة أم أنها مقيدة لما لهذا العقد من قدسية خاصة توجب الالتزام بما شرعه الله من حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين ؟

– ما هو الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط؟

أما عن المنهج المتبع في الدراسة، فقد تم الاعتماد بشكل أساسي على المنهج التحليلي، كما استعنا بالمنهج المقارن بين مذاهب الفقه الإسلامي وقانون الأسرة وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية عندما يتطلب الأمر ذلك، وفي اعتقادنا أن هذا المنهج هو الذي يتلاءم وطبيعة البحث.

وتم تقسيم البحث إلى فصلين نتعرض في الفصل الأول إلى دراسة ماهية الشرط الاتفاقي في عقد الزواج، حيث نتناول في المبحث الأول مفهوم الشرط وذلك من خلال تعريفه وبيان خصائصه، ونتطرق في المبحث الثاني إلى دراسة الاشتراط في عقد الزواج بين الإباحة والحظر من خلال عرض آراء الفقهاء في هذه المسألة، كما نبين القيود الواردة على حرية الاشتراط، أما المبحث الثالث نتعرض فيه إلى تطبيقات لبعض صور الشروط في عقد الزواج من خلال تبيان الشروط التي يشترطها كل من الزوج أو الزوجة، وكذا الشروط المالية في عقد الزواج .

ونتناول في الفصل الثاني الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط، حيث نتطرق في المبحث الأول إلى إمكانية المطالبة بالوفاء بالشرط أمام القضاء، وذلك من خلال تبيان إمكانية مراقبة القاضي تواجد الشرط في العقد وكذا مراقبة صحته، كما نبين دوره في الإجبار على تنفيذ الشرط، ثم نتعرض في المبحث الثاني إلى سلطة القاضي في تعديل أو نقض عقد الزواج، وذلك بدراسة دوره في إبطال الشرط وتصحيح عقد الزواج، وكذا سلطته في إبطال عقد الزواج، ثم نبين سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط، أما المبحث الثالث نخصصه لدراسة جزاء عدم الوفاء بالشرط، والذي يتمثل في الدفع بعدم التنفيذ والفسخ والتعويض.

وفي النهاية تأتي الخاتمة وهي عبارة عن أهم النتائج والتوصيات التي أسفر عنها هذا البحث، ومحاولة منا الربط بين الجانب النظري والجانب التطبيقي أدرجنا ملحقا خاصا بجملة من القرارات والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، وهذا بعد توظيف جملة منها خلال البحث.

الفصل الأول

ماهية شروط الإتفاقي في عقد الزواج

إن للعقود أثارا عامة، ولكل واحد من هذه العقود موضوعا وأثرا خاصا يتميز بهما عن سواه، وأن الآثار المترتبة على إبرام العقود الأصل فيها أنها من صنع الشارع وجعله، أي أن العقود أسباب جعليه وضعها الشارع ليتوصل بها إلى مسبباتها التي أوجبها وجعلها آثارا لها، وليست بأسباب طبيعية[1].

ومن المعروف أن موضوع مبدأ سلطان الإرادة العقدية يندرج ضمن أربع حريات تتثمل فيما يلي:

- حرية المتعاقد في أصل التعاقد مع غيره.
- حرية المتعاقد في إنشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي، دون تقييد إرادته بقيود شكلية.
- حريته في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه الشخصية، مهما كان موضوعها دون تقييده بأنواع العقود المسماة التي نظمها المشرع بأحكام خاصة بها.
- حريته في تحديد آثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الأصلية بين المتعاقدين، حيث يجوز لهما اشتراط ما يشاءان من الشروط تنقص أو تزيد من آثار العقد، في حالة ما إذا لم تحقق الآثار الأصلية مصلحة المتعاقدين، وهذا هو مجال دراستنا[2].

فإذا كان الأصل أن الآثار المترتبة على العقود هي من صنع الشارع وجعله سواء أراد المتعاقد هذه الآثار أو لم يردها كما سبقت الإشارة إليه، فإن عقد الزواج هو المجال الطبيعي لتطبيق نظرية.

الجعلية، وذلك بهدف حماية الأسرة من أهواء ورغبات الأفراد التي تدمر كيانها، وهذه الآثار التي رتبها الشارع على العقد قد يجد فيها المتعاقدان ما يحقق مصلحتهما فلا يزيدان عليها ولا ينقصان منها شينا، وقد يرى أحدهما أو كلاهما أنها في جملتها غير محققه لمصلحتهما، فيشترط شرطا أو أكثر من شأنه أن يعال من آثار العقد بالزيادة أو النقصان.

وانطلاقا مما سبق وللتفصيل أكثر في هذا الموضوع ارتأينا أن نتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم الشرط الاتفاقي في عقد الزواج في (المبحث الأول)، ثم نتناول الاشتراط في عقد الزواج بين الإباحة والحظر في (المبحث الثاني)، أما في (المبحث الثالث) نتعرض إلى تطبيقات لبعض صور الشروط التي يمكن إدراجها في عقد الزواج.

المبحث الأول

مفهوم الشرط الاتفاقي في عقد الزواج

إن التصرفات القولية، ومنها العقود تصدر من حيث الإطلاق والتقييد من خلال حالتين عامتين هما:

فالعقد إما أن يصدر في صيغة مطلقة ومنجزة وخالية من كل قيد وشرط، عندئذ يرتب آثاره وأحكامه في الحال أي فور إنشائه، فهنا يكون العقد منجزا، مثل قول ولي المرأة لمن يريد الزواج بها: زوجتك ابنتي على مهر قدره كذا، فيقول الزوج قبلت، ففي هذه الحالة ينعقد الزواج بمجرد تطابق الإيجاب والقبول متى استوفى العقد أركانه وشروطه، وقد تصدر صيغة العقد مربوطة بأمر يقصد به إما:

- تعليق وجود العقد بوجود شيء آخر، فلا يوجد ذلك العقد ما لم يوجد ذلك الشيء.

---

1 رشدي شحاتة أبوزيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للنشر، الطبعة الأولى،2001، ص 11.

2 نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جيد، دار بن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، 2،،3،ص 35- 36.

- تقييد حكمه وآثاره.
- تأخير مفعول العقد إلى زمن معين[1] .

والذي يدخل في مجال بحثنا هو أن تصدر صيغة عقد الزواج مربوطة بأمر يقصد به تقييد حكم العقد وآثاره، وعليه فإننا نستبعد من نطاق الدراسة كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ، وكذا فكرة الأجل لأنها تعتبر من أوصاف الالتزام، ليتم التطرق إلى الشرط الإتفاقي في عقد الزواج الذي يهدف المتعاقدان من وراء اشتراطه تقييد آثار هذا العقد، وذلك من خلال تعريف الشرط في (المطلب الأول)، ثم ننتقل إلى بيان خصائصه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الشرط

لا يكاد يبرم عقد بين اثنين إلا ويكون الشرط موجودا، لذا يعتبر هذا الأخير من الأمور التي تسود أغلب تعاملات الناس، وعليه يمكن تعريف الشرط بصيغته بأن دخل في الكلام حرف من حروف الشرط مثل إن، ما، مهما، حيثما، ويعرف أيضا بدلالته عندما يكون الكلام الأول سببا للثاني دون العكس[2]، وسيتم التعرض إلى كل من التعريف اللغوي للشرط في (الفرع الأول) والتعريف الاصطلاحي له في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف اللغوي للشرط

الشرط في اللغة: «إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه»[3] ، والشرط جمعه شروط وهو القيد أو الحكم، ولذلك قيل في المثل: (الشرط أملك) عليك أم لك، وهذا معناه أن الشرط يقيا صاحبه في التزامه للمشروط سواء كان هذا الشرط له أم عليه[4].

والشرط بمعنى العلامة، والجمع أشراط، واشراط الساعة أعلامها[5]، وفي التنزيل العزيز قوله تعالى: «فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلاَّ السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ)[6]، ومنه أطلق الشرط لغة على ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته سواء اتجاه نفسه أو اتجاه غيره، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أعيانه بأحكام إضافية يشترطها ويتفق عليها المتعاقدان[7].

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي للشرط

يعرف الشرط اصطلاحا حسب تعريف الحموي: « بأنه التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصومة»، ومعناه أن يقترن التصرف بالتزام أحد المتعاقدين بالوفاء بأمر زائد عن أصل العقد وغير موجود وقت التعاقد، ويكون ذلك باستعمال عبارة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا[8].

ويعرف أيضا: « بأنه ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجا عن حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ولكن يلزم من عدمه عدم الشيء»[9]، فالمقصود بوجود الشيء وجوده الشرعي الذي تترتب عليه آثاره الشرعية، كالوضوء في الصلاة يعد

---

1 نفس المرجع، ص 23-24.

2 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنسر، الإسكندرية، 2005، ص 8.

3 بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، 1979، ص 460.

4 رشدي شحاتة أبوزيد،مرجع سابق، ص 27-28.

5 محمد عبد الله قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، 2000 ، ص 305.

6 سورة محمد، الآية 18.

7 رشدي شحاتة أبوزيد،مرجع سابق، ص 28.

8 علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 10.

9 محمد تقية، المختصر الوافي في أصول الفقه، مؤسسة الكتاب الثقافية للطبع والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2000 ص .55

شرطا لوجودها الشرعي التي تترتب عليها آثارها من كونها صحيحة مجزئة، وليس الوضوء جزء من حقيقة الصلاة، فقد يتوضأ ولا يصلي، كما عرف الشرط أيضا: « هو ما يتوقف وجود الشيء عليه ، دون أن يكون جزء منه، كتوقف الصلاة على الطهارة أو القبلة، مع أن الطهارة أو القبلة ليستا جزء من الصلاة»[1].

والشرط عند الأصوليين: «هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم من غير إفضاء إليه، وبعبارة أخرى هو ما يستلزم من عدمه عدم الحكم أو عدم السبب»[2].

وتجدر الإشارة إلى أن سبب اللبس والغموض الذي يكتنف تعريف الشرط هو اختلاف زوايا النظر إليه، لذلك أطلق لفظ السوط للدلالة على معاني مختلفة، كمعنى الالتزام الموصوف بنوعيه الشرط

الواقف أو الشرط الفاسخ، أو يعبر عن أركان العقد وشروط صحته فيسمى بالشرط الشرعي أو القانوني

لكن ما يهمنا في هذا البحث هو التعريف الذي يتعلق بالشرط المقترن بالعقد، أي الذي يدخل في ماهية العقد ، وعليه يعرف الشرط المقترن بالعقد بأنه :«التزام المتعاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد ، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه، أم كان مؤكدا له ، أم كان منافيا له ، وسواء كان فيه منفعة لمن اشترط الشرط لصالحه ، أو كانت المنفعة لغيره ، أو لم تكن هناك منفعة لأحد»[3]

وفي هذا يقول الشيخ منصور البهوتي: « إن المعتبر من الشروط هو ما يدخل في صلب العقد، كأن يقول الولي: زوجتك ابنتي فلانة بشرط ألا تنقلها أو تخرجها من بلدها ويقبل الزوج بذلك»[4]

المطلب الثاني

خصائص الشرط

من خلال التعريف السابق للشرط يمكن استخلاص المقومات الأساسية التي يقوم عليها والتي تعد بمثابة الخصائص المميزة له وتتمثل فيما يلي:

الفرع الأول

أنه أمر زائد على أصل العقد

وهذا يعني أن العقد ينعقد بمجرد توافر أركانه وشروطه التي يتطلبها القانون دون حاجة إلى توافر الشرط المقترن بالعقد ، فمادام أته أمر رائد فهو يدخل على العقد بعد انعقاده وتوافر أركانه وشروطه ، فإذا اشترطت الزوجة أو وليها على والد زوجها أو شخص آخر بأن يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملا ، أو يضمن قيام الزوج بالإنفاق على زوجته بما يتناسب مع أمثالها ، فهذا الشرط يعتبر أمرا زائدا عن عقد الزواج ، لأن هذا الأخير ينعقد بدون هذا الشرط[5]

الفرع الثاني

انه أمر مستقبل

لابد أن يكون الشرط متعلقا بالتزام سيوجد في المستقبل وغير موجود في الماضي ولا في الحال، حتى يتمكن المتعاقد من الوفاء

---

1 أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، بدون سنة، ص 146.

2 وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الثانية، 1998،ص 99.

3 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص32

4 علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 11.

5 رشدي شحاتة أبوزيد، نفس المرجع، ص 45.

بالشرط اتجاه المتعاقد الآخر أي المشترط، فإذا كان الشرط واقعا بالفعل، فلا فائدة من اشتراطه، فاشتراط تقديم كفيل لضمان الوفاء بالمهر أو النفقة في المثال الذي سبق ذكره، يجعل من عقد الزواج عقد اقتران بشرط يلزم الزوج بأمر يحدث في المستقبل وهو تقديم كفيل بعد انعقاد العقد[1].

الفرع الثالث

مشروعية الشرط

يعرف الشرط المشروع بأنه ذلك الشرط الذي لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة[2]، أي أن صحة الشرط ومشروعيته هي في حقيقة الأمر تقرير لمقتضى العقد الذي يكون لازما دون الحاجة إلى اشتراطه[3]، ويوجد فرق بين الشرط غير المشروع والشرط المستحيل استحالة قانونية، فاشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج بأخرى قد يكون مخالفا للنظام العام، لكنه شرط غير مستحيل، في حين أن اشتراط الزواج من محرم يعد شرطا مستحيلا استحالة قانونية، كما أنه مخالف للنظام العام[4].

يمكن القول أن المشرع لم يتناول مشروعية الشرط المقترن بالعقد بموجب نص قانوني، في حين تطرق إلى مشروعية الشرط باعتباره وصفا من أوصاف الالتزام بموجب نص المادة 204 من القانون المدني[5]، وهذا راجع إلى الخلط الحاصل بين الشرط المقترن بالعقد والشرط كوصف، وفي الواقع كان على المشرع أن يعطي الاهتمام الأكبر للشرط المقترن بالعقد، لأنه هو الذي يجب أن يتصف بالمشروعية التي تعتبر من المميزات الأساسية له، كما أنه يعد جزء لا يتجزأ من مضمون العقد الذي اقترن به[6]، في حين أن المشروعية ليست من سمات الشرط باعتباره وصفا لأنه لا يدخل في مضمون التصرف الذي يلحق به[7].

إن فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها، وإنما بالغاية المقصودة منها، لأن الشرط قد يتضمن عمل مشروع، ولكن الغاية المقصودة منه غير مشروعة، ومثال ذلك شرط الترمل الذي يشترط فيه الموصي على زوجته عدم إعادة الزواج بعد وفاته، فيعتبر هذا الشرط غير مشروع إذا كانت الغاية المقصودة منه غير مشروعة وهي حرمان الزوجة من حقها الطبيعي في الزواج، غير أنه يمكن اعتباره مشروعا إذا كان مقصود الزوج منه هو جعل الزوجة تتفرغ لتربية أولادها بعد وفاته[8].

الفرع الرابع

إنه شرط جعلي

ينقسم الشرط من حيث مصدره إلى شرط شرعي أو قانوني وإما أن يكون الشرط إراديا أو جعليا، فالشرط الشرعي أو القانوني هو ذلك الشرط الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع أو القانون، كالشروط التي اشترطها الشارع في العبادات، ومنها الطهارة التي تعتبر شرطا شرعيا لصحة الصلاة، والحول الذي يعتبر أيضا شرطا شرعيا لوجوب الزكاة ، وكذلك الشروط التي اشترطها الشارع في سائر أنواع العقود والتصرفات من بيع وهبة أو نكاح[9] .

أو هو الشرط الذي ربطه الله تعالى بمشروطه بموجب كلامه الذي يسمى بخطاب الوضع، وهذا معناه أن مصدر الشرط هو الشارع، كاشتراط الشهود في النكاح الذي أراد به ضمان استقرار الزواج وعدم إنكاره، نظرا لما لهذا العقد من أهداف كبيرة تتمثل في

---

1 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق ، ص47.

2 محمد شتا أبو سعدى، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2000ص 46.

3 عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 1998، ص 107.

4 محمود عبد الرحيم الديب، بدأ سريان الالتزام المشروط ، دار الجامعة الجديدة للنشوء الإسكندرية ، 1999، ص 41.

5 قانون رقم 05 -10 ،المؤرخ في 27\06\2005، المعدل للأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 26\09\1975،المتضمن القانون المدني.

6 نور الدين لمطاعي، الشرط المقترن بالعقد دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1995 - 1996، ص 166.

7 محمد شتا أبو سعدى، مرجع سابق ، ص46.

8 يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي بشار، 2006 – 2007،ص15.

9 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 101 .

الحفاظ على انساب وكرامة الأسرة[1]

والشرط الشرعي هو أمر خارج عن ماهية الشيء، بحيث لا يلزم من وجوده وجود الشيء، غير أنه يلزم من عدمه عدم الشيء، فعلى سبيل المثال تعتبر الطهارة شرطا شرعيا لصحة الصلاة ، غير أن حصول الطهارة لا يقتضى بالضرورة حصول الصلاة، وعلى عكس ذلك عدم الطهارة يقتضي عدم حصول الصلاة شرعا[2].

أما الشرط الجعلي أو الإرادي هو الذي يشترطه أحد المتعاقدين أو كليهما، ويكون الغرض منه تحقيق مصالح خاصة، وقد يكون مقترنا بعقد أو معلقا عليه[3]، ولكن الشارع قيده بحدود شرعية معينة، فلا يكون للمتعاقد مطلق الحرية في اشتراط ما يريده من الشروط ، بل يجب أن يكون هذا الشرط موافقا لحكم العقد أو التصرف وإلا اعتبر شرطا لاغيا مبطلا للعقد[4].

وبعبارة أخرى فالشرط الجعلي هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، ويسمى هذا الشرط باللغوي لما يحتوي عليه من الشرط والجزاء، ويسمى كذلك بالجعلي لأن المتعاقد هو الذي جعله شرطا، أي اشترطه على المتعاقد الآخر ليحقق مصلحة لهما أو لأحدهما وعلق قيام العقد عليه، كما لو اشترطت المرأة تقديم معجل المهر كله[5].

وتنقسم الشروط الجعلية من حيث مشروعيتها إلى ثلاث أنواع:

1. شرط لا ينافي الشرع وإنما هو مكمل للعقد، كما لو اشترطت المرأة أو وليها على الرجل تقديم كفيل كضمان لاستحقاق النفقة.
2. شرط غير ملائم للعقد ومناف لمقتضاه، كأن يشترط الزوج على زوجته في عقد الزواج عدم الإنفاق عليها
3. شرط لا ينافي العقد ويحقق مصلحة لأحد المتعاقدين أو كليهما، غير أنه ليس من مقتضى العقد، أي لا يعرف إمكانية ملائمته أو عدم ملائمته للعقد، كأن يبيع شخص منزلا بشرط أن يسكنه البائع لفترة معلومة، وقد اختلف الفقهاء بشأن صحة هذا النوع من الشروط[6] .

ويتمثل الفرق بين الشرط الشرعي والشرط الجعلي من حيث الأثر المترتب عن كل منهما، فبالنسبة للشرط الشرعي أو القانوني ففي حالة انتفاء ينتفي المشروط ، ومثال ذلك إذا تخلف شرط وفاة المورث ينتفي معه استحقاق الإرث، على عكس الشرط الجعلي فإن المشروط يمكن أن يوجد من دون الشرط ، فمثلا إذا قال الزوج لزوجته: إذا خرجتي من الدار دون إذني فأنت طالق ، فقد لا يتحقق الشرط ، غير أنه يبقى من الممكن أن يقع الطلاق بسبب آخر[7]

وعليه فإن الشرط المقترن بعقد الزواج هو شرط جعلي أو إرادي، لأن أحد المتعاقدين أو كليهما هو من اشترطه في العقد ليعدل من آثاره بالزيادة فيها أو الإنقاص منها، قصد تحقيق مصلحة أو منفعة لأحدهما أو كليهما

الفرع الخامس

أنه شرط تقييد

عرف الحموي الشرط بأنه: «والتزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة»، أو بعبارة أخرى هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه، ويقصد بذلك اقتران التصرف بالتزام أحد الطرفين أو كليهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف وغير موجود وقت التعاقد، وذلك باستعمال عبارات في العقد مثل بشرط كذا، أو على أن يكون كذا، وغيرها من الألفاظ

---

1 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق ، ص 53- 54.

2 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق ، ص 56.

3 أحمد فراج حسين ، مرجع سابق، ص 147.

4 وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص101.

5 رشدي شحاتة أبوزيد، نفس المرجع، ص 58- 59.

6 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 46.

7 كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع ، تونس ، 1983، ص 39.

التي تدل على الاشتراط[1].

وانطلاقا من هذه التعاريف فإن الشرط المقيد يختص بما يلي :

1. كونه أمرا زائدا عن أصل التصرف، فهو ليس عنصرا جوهريا في تكوين العقد .

2. كونه أمرا مستقبلا، مقترنا بالعقد[2].

مما سبق الإشارة إليه فان الفرق بين شرط التعليق وشرط التقييد وشرط الإضافة يكمن فيما يلي:

فالشرط المعلق هو ما كان بصيغة ترتب وجوده على وجود أمر في المستقبل، وهذا يعني أن وجود العقد يتوقف على وجود الشرط المعلق عليه، فإذا تحقق الشرط وجد العقد وترتبت عليه أحكامه وآثاره من وقت الشرط، ويسمى هذا الشرط بالشرط الواقف، وإذا تخلف الشرط زال الالتزام الناتج عن العقد، ويسمى عندئذ بالشرط الفاسخ، كأن يقول الزوج لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخول الدار شرط معلق عليه وجود المشروط ومعلق عليه أيضا انتهاء مشروط آخر، أي علق عليه وجود الطلاق وانتهاء عقد الزواج[3].

أما الشرط المقيد هو الذي يقصد المتعاقدان من وراء تعديل آثار العقد بموجب حكم زائد عن الالتزام الأصلي، فإذا صدر العقد مقيدا بشرط، فعمل هذا الشرط يكون في المرحلة التي تلي تمام العقد[4] .

ويكمن الفرق بين الشرط المقيد وشرط التعليق في حالة عدم الوفاء بالشرط، فالفسخ في شرط التقييد يحتاج إلى استصدار حكم من المحكمة بناءا على طلب يقدمه صاحب الشرط، وعلى خلاف ذلك فالفسخ في حالة شرط التعليق يتم بمجرد تحققه أو تخلفه بحسب الحالة فيما إذا كان الشرط واقفا أو فاسخا دون حاجة إلى استصدار حكم من المحكمة[5]

أما فيما يخص شرط الإضافة فهو الذي يجعل آثار العقد تتراخى إلى زمن معين في المستقبل على الرغم من قيام العقد، كأن يقول الرجل لزوجته أنت طالق من أول السنة القادمة ، فالإضافة تشبه التعليق من جانب أن العقد المضاف لا يرتب أثره إلا حين يأتي الوقت الذي أضيف إليه[6]، وكذلك تشبه الإضافة التقييد لأن المؤخر فيها هو حكم العقد وليس أصل العقد كما في التعليق[7].

فإذا كان عقد الزواج من العقود التي تفيد التمليك في الحال، فإن الأصل فيه التنجيز وعدم التراخي، أي أن عقد الزواج يكون مطلقا مرتبا لآثاره فور انعقاده، وقد يكون مقترنا بشرط أو مجردا منه، فعقد الزواج لا يقبل بشرط الإضافة لأنه يرتب أثره في الحال، كما أنه لا يقبل بشرط التعليق مطلقا، فقد اتفق الفقهاء على بطلان عقد الزواج المعلق على شرط[8] .

الفرع السادس

أنه شرط مقارن للعقد أو لاحق به

ينقسم الشرط باعتبار الموضع الذي يقع فيه من العقد إلى ثلاثة أقسام، فقد يكون مقارنا للعقد أي يذكر في مجلس العقد، وإما أن يتم الاتفاق عليه قبل العقد ولا يذكر عند إبرامه سواء بالإثبات أو النفي، ويسمى عندئذ بالشرط المتقدم ، وإما أن يحصل الاتفاق عليه بعد إبرام العقد، وعندئذ يسمى بالشرط اللاحق أو المتأخر، فلا يوجد خلاف بين الفقهاء فيما يخص ثبوت الشرط المقارن في العقد وتأثيره فيه، ولكن الخلاف قائم بينهم بشأن الشرط المتقدم والشرط المتأخر

---

1 كوثر كامل علي، مرجع سابق، ص 38.

2 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 48 .

3 رشدي شحاتة أبوزيد، نفس المرجع، ص 74.

4 مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 508-509.

5 يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص28 .

6 عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، الطبعة الأولى،1991 ، ص 246-247.

7 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 87.

8 عدنان خالد التركماني، نفس المرجع، ص 247-248.

فالشرط المتقدم هو ذلك الشرط الذي يشترطه المتعاقدان قبل انعقاد العقد، غير أنهما لا يتطرقان إليه عند إبرام العقد لا بالنص ولا بالإشارة ، ويسمى بالشرط السابق أيضا ، والسؤال الذي يطرح هنا هو هل يمكن اعتبار الشرط المتقدم كالشرط المقارن رغم عدم الإشارة إلى هذا الشرط في العقد من قبل المتعاقدين ، أو بعبارة أخرى هل يمكن اعتبار الشرط المتقدم رغم أنه كان سابقا لمجس العقد؟

ذهب الشافعية والإمام أحمد والظاهرية إلى أنه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد واعتباره مجرد وعد غير لازم الوفاء، لأن ما قبل العقد هو لغو فلا يلتحق به، وفي رواية ثانية ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بالتحاق الشرط المتقدم بالعقد كالشرط المقارن وثبوته في العقد وتأثيره عليه[1].

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه المذهب المكي والحنبلي إلى وجوب الوفاء بالشرط المتقدم واعتباره كالشرط المقارن، حتى يتم صون حقوق الأفراد من الضياع وغلق باب التلاعب بأعظم ميثاق يعقده الإنسان وهو عقد الزواج

ويمكن تبرير موقف المشرع بأنه قصد القضاء على التحايل على القانون، لأن المتعاقدين كانا بإمكانهما إدراج الشرط السابق في صلب العقد، أي النص عليه في متنه، حتى يصبح الشرط المتقدم مقارنا للعقد، وكان بالإمكان أيضا اعتبار الشروط القريبة من مجلس العقد، لأنه إذا قارب زمن الاتفاق مجلس العقد اعتبر منه، وذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقول: (ما قارب الشيء أعطي حكمه »[2]

أما الشرط المقارن ويسمى أيضا بالشرط في صلب العقد، لأنه يتم ذكره أثناء العقد مقارنا ومرافقا له بالصيغة الدالة عليه، بمعنى أنه يأتي ليس متأخرا ولا متقدما عند إنشاء الله، ويكون هذا الشرط مرتبا لآثاره في العقد، حيث أنه لا يوجد خلاف بين الفقهاء حول ثبوت هذا الشرط في العقد وتأثيره فيه، غير أن تأخيره يختلف بحسب ما إذا كان الشرط صحيحا أو فاسدا.

فالشرط المقارن هو التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصومة، أو بعبارة أخرى هو التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه، أو أنه ما جزم فيه الأصل وشرط فيه أمر آخر[3]

في حين أن الشرط المتأخر ويسمى أيضا بالشرط اللاحق يقصد به الشرط الذي يتفق عليه المتعاقدان بعد إبرام العقد، وقد اختلف الفقهاء بشأن مدى تأخير هذا الشرط على العقد إلى عدة آراء.

فذهب المالكية والظاهرية إلى القول بأن الشرط المتأخر لا يلتحق بالعقد مطلقا سواء كان صحيحا أو فاسدا وسواء اشترط قبل لزوم العقد أو بعد لزومه، أما الشافعية والحنابلة فقد فرقوا بين حالتين، فإذا كان المتعاقدان قد اشترطا هذا الشرط قبل لزوم العقد، فإن الشرط المتأخر يلتحق به، وإن كان بد لزوم العقد فلا يلتحق به، بينما ذهب أبو حنيفة إلى التحاق الشرط المتأخر بالعقد مطلقا[4].

والرأي الراجح الذي نراه، من هذه الآراء كلها هو التحاق الشرط المتأخر بالعقد، لأن في ذلك فائدة كبيرة للمتعاقدين تسمح لهما بتحقيق مصالح مختلفة لم يتم التطرق إليها وقت التعاقد سهوا منهما، بشرط أن يتم إفراغ هذا الشرط المتأخر في عقد رسمي، ويعد ذلك بمثابة تعديل للعقد السابق.

وبالرجوع إلى نص المادة 19 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:(للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق...) دليل على أن المشرع قصد إيقاع الشروط في صلب العقد حتى ترتب أثرها القانوني، كما أنه أخذ بالشرط اللاحق، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها والذي جاه فيه ما يلي: تقيم الزوجة كقاعدة عامة، حيث يقيم زوجها. يحق لها اشتراط تحديد

1 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 92 .

2 سعيد خنوش، مرجع سابق ، ص 91.

3 رشدي شحاتة أبوزيد، نفس المرجع، ص 75-76.

4 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 93-94 .

مكان الإقامة الزوجية، عند أو بعد إبرام عقد الزواج)[1]

مما سبق التطرق إليه يمكن تحديد مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج وتمييزه عن تعريفات مختلفة وألفاظ مشابهة له، فالمقصود بالشرط المقترن بعقد الزواج هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه الزوجان بإرادتيهما الحرتين في العقد ، فيلتزمان الوفاء بأمر زائد عن أصل العقد، حيث يقصد المتعاقدان من وراء الله تقييد الصيغة المنشئة للعقد بشروط تزيد في آثار هذا العقد أو تنقص منها.

ومن خلال هذا التعريف يمكن تحديد موقع الشرط المقترن بعقد الزواج ضمن أقسام الشرط، فمن حيث مصدره يعتبر شرطا جعليا، ومن حيث وظيفته يعتبر شرطا تقييدا، أما من حيث موضعه من العقد فهو يعتبر شرطا مقارنا للعقد كأصل واستثناء يعتبر شرطا لاحقا، وهذا ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة، ويشمل أيضا الشرط المتقدم كما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي والحنبلي.

المبحث الثاني

الاشتراط في عقد الزواج بين الإباحة والحظر

إن الحديث عن الشروط المقترنة بالعقد استمرار للحديث عن حرية التعاقد، وهذا يعني أن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد[2]، فإذا كانت العقود متوقفة على ما نص عليه الشارع، فان الشروط المقترنة بها تكون هي الأخرى كذلك متوقفة على ما نص عليه الشارع .

إن أغلب قواعد الأحوال الشخصية من النظام العام لأنها ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، فلا يجوز للأفراد الاتفاق فيما بينهم على ما يخالفها، وعليه لا يجوز للرجل أن يشترط على زوجته ألا تتزوج بعد موته لمخالفة هذا الشرط النظام العام، إلا إذا كان هناك غرض مشروع يهدف إليه من وراء هذا الشرط، كأن تتفرغ زوجته بعد موته لتربية أولادها ولا تشتغل بزوج آخر[3]

وإذا كان الغرض من جعل الآثار المترتبة على عقد الزواج من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، يتمثل في الحفاظ على قدسية هذا العقد وصونا وضمانا له حتى لا يتعرض إلى شروط تتنافى مع مقتضى العقد أو مقصد الشارع، غير أن ذلك لا يمنع المتعاقدان من وضع شروط تتفق مع الآثار التي تترتب على عقد الزواج ولا تتعارض مع مقتضياته، لاسيما إذا كانت هذه الشروط تحقق منفعة مقصودة لأحد الزوجين[4]، وعليه فالسؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى حرية المتعاقدين في إنشاء الشروط المتعلقة بعقد الزواج ؟

لقد اختلف الفقهاء حول حرية التعاقد، وبالتالي حرية الاشتراط، فهناك من ذهب إلى القول بمبدأ حرية التعاقد فوسعوا باب الاشتراط وتركوا المجال مفتوحا أمام المتعاقدين لاشتراط ما يشاءان من الشروط، بينما ذهب البعض الآخر إلى التضييق على الإرادة في اشتراط الشروط، وبالتالي منع أي تعديل للعقد ما لم يرد بذلك نص أو انعقد عليه إجماع.

وعليه فقد انقسم الفقهاء ما بين مضيق وموسع فيما يخص حرية التعاقد، وبالتالي حرية الاشتراط، فذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن الأصل في الاشتراط الإباحة، وهذا ما سنبينه في (المطلب الأول)، في حين ذهب جانب آخر إلى القول بأن الأصل في الاشتراط الحظر، وهذا ما سندرسه في (المطلب الثاني)، أما (المطلب الثالث) نبين فيه القيود الواردة على حرية الاشتراط.

المطلب الأول

الرأي القائل بإباحة الاشتراط في عقد الزواج

---

1 المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 358665، قرار بتاريخ 12\04\2006، مجلة المحكمة العلياء 2006، عدد 1، ص491.

2 نذير بوصبع، نظرية العقد عند الإمام ابن حزم، رسالة دكتورا، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004 – 2005، ص457.

3 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 92.

4 عبد العزيز سعدى الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، الطبعة الثالثة ،1996،ص 167.

يعد هذا الرأي أكثر توسعا في باب الاشتراط، ويتمثل أصحابه أساسا في مذهب الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[1] وبعض فقها، المالكية، لأن المذهب المالكي في تعامله مع الشروط التقييدية يعتبر أقرب المذاهب إلى المذهب الحبلي[2] .

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بحرية التعاقد في الفقه الإسلامي، وبالتالي حرية الاشتراط، لأن هذه الأخيرة تابعة لحرية التعاقد، وبذلك يكون للأفراد أن يبتكروا ما يشاءون من العقود، والشروط الجديدة، ما لم يثبت حرمة ذلك العقد أو الشرط بدليل صحيح وصريح من الكتاب أو السنة، لأن الإرادة حسبهم وحدها كافية لإنشاء الالتزامات[3] .

وسيتم التطرق إلى مضمون هذا الرأي، أي موقف أصحاب هذا الرأي إزاء الاشتراط في عقد الزواج في (الفرع الأول) والأدلة التي استندوا إليها في (الفرع الثاني)، ثم في الأخير يتم تقيم هذا الرأي في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مضمون هذا الرأي

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة والصحة لا الحظر ، وقد حمل ابن تيمية وابن القيم لواء المذهب الحنبلي[4]، فهم يعطون إرادة الإنسان مطلق الحرية في إنشاء العقود والشروط، ولا يحرم أو يبطل من الشروط عندهم إلا أن يحرمه أو يبطله نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس معتبر، وبهذا يعتبر الحنابلة أكثر توسعا في الأخذ بمبدأ حرية العقود والشروط التي تحقق منافع للناس، إلا ما كان منها يخالف كتاب الله وسنة رسوله فهو باطل، وبالتالي لا يلزم الوفاء به[5].

إن توسع المذهب الحنبلي في الأخذ بالشروط في عقد الزواج لا يدل على أنه لا يأخذ بنظرية مقتضى العقد التي تمسكت بها المذاهب الأخرى المضيقة لحرية الاشتراط، بل نجد فقهاه المذهب الحنبلي يمنعون بعض الشروط لمخالفتها مقتضى العقد ، غير أن نظرتهم في تفسير مقتضى العقد وحدوده أوسع، فهم لا يرون أن كل مصلحة يشترطها أحد المتعاقدين لنفسه مما لا يوجبها العقد تكون منافية لمقتضاه ، بل أن مصلحة المتعاقد من مصلحة العقد ذاته ما دامت غير محرمة شرعا، فلا يمكن اعتبار الشرط منافيا لمقتضى العقد إلا في الجوانب الأساسية التي إذا شرط خلافها تخلفت الغاية المشروعة من العقد، وبذلك قد يبطل العقد بالشرط، وقد يصح العقد ويبطل الشرط، وهذا حسب حال الشرط ودرجة مناقضته لغاية العقد[6].

فعلى سبيل المثال إذا اشترطت المرأة على زوجها ألا يسافر برفقتها حينما تسافر اعتبر هذا الشرط باطلا لأن الشريعة الإسلامية لا تجيز لها السفر بمفردها، أما إذا اشترطت ألا يسافر بها إذا أراد السفر اعتبر هذا الشرط صحيحا لأنه لا يمنع الغاية المشروعة من الزواج، ففي حالة عدم وفاء الزوج بهذا الشرط يثبت للمرأة خيار الفسخ.

فالحنابلة لا يمنعون من الشروط في عقد الزواج إلا ما منعه الشارع بنص خاص، أو ما كان ينقص من الحقوق والواجبات التي تعتبر من النظام الشرعي في النكاح، كاشتراط الزوجة عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي، أو اشتراط الزوج تأقيت النكاح، أو إسقاط المهر، أو عدم النفقة الزوجية[7].

الفرع الثاني

1 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 94.

2 مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 480.

3 يوسف مسعودي، مرجع سابق ، ص 46.

4 نذير بوصبع، مرجع سابق، ص 463.

5 كوثر كامل علي، مرجع سابق، ص 28.

6 نشوة العلواني، مرجع سابق ، ص 67.

7 مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 488.

أدلة الرأي

بعد تعرفنا على مضمون الرأي القائل بأن الأصل إباحة الاشتراط في عقد الزواج، إلا ما منعه الشرح بنص خاص، سنبين الحجج والأدلة التي أسسوا عليها موقفهم سواء من نصوص الكتاب أو من السنة أو من الأثر أو من المعقول.

أولا من الكتاب:

1. لقد استدل أصحاب هذا الرأي بالآية الكريمة التي ترحب الوفاء بالعقود والشروط عامة ، وهي قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[1].

ووجه الدلالة من هذه الآية أن الشارع الحكيم قد ألقى على عاتق كل طرف في العقد الالتزام بضرورة الوفاء بما عقد، وقد ربط الله عز وجل في هذه الآية بين الإيمان والوفاء بالعقود من بيع وإجارة وشركة وكفالة وزواج وغيرها من العقود[2]، وجاء الخطاب في هذه الآية بلفظ الإيمان والتكريم والتعظيم على وجوب الوفاء بكل عقد وعهد بين الإنسان وربه، أو بين الناس فيما بينهم، بشرط ألا تخالف أحكام العقد كتاب الله وسنة رسوله[3].

وقد ناقش أصحاب الرأي المانع للاشتراط الدليل الأول بأن أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود ليس على عمومه، أي لا يمكن أن ينطبق على جميع أنواع العقود والشروط، وإنما يشمل بعض العقود والشروط التي نص الشارع على إباحتها، ولهذا تعد باقي العقود والشروط باطلة لا يجب الوفاء بها، وقد استند بن حزم في هذه المناقشة على قوله صلى الله عليه وسلم: «كل شرط ليس في كتاب الله باطل)[4].

وجاء رد المبيحين للشروط على مناقشة ابن حزم بأنها غير صحيحة، لأنه ليس المقصود من الحديث الذي استدل به هو وجود أدلة شرعية تجيز الشروط، بل القصد المحير منه هو بطلان كل شرط مناف لحكم الله وشريعته، وبذلك تكون الآية الكريمة دالة على وجوب الوفاء بكل ما يصدق عليه اسم العقد حتى في حالة عدم ورود نص خاص يجيزه، بشرط ألا يخالف في ذلك أصول الشريعة الإسلامية[5] .

2 . كما استدل المجيزون للاشتراط بجملة من الآيات التي توجب الوفاء بالعهود في قوله تعالى: «وبعهدي الله أفوا[6])،«وافوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا[7])،« ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الأدبار وكان عهد الله مسئولا[8])

ووجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة أن الله تعالى يأمرنا بوجوب الوفاء بالعهد وحرم الغدر فيه، ويدخل في دائرة الوفاء بالعهد ما يعقده الإنسان على نفسه من عقود وما تقترن بها من شروط، فيعتبر الشرط بين المتعاقدين عهد قيدت به ذمة من التزم به، والاتفاق عليه يعد عقد بين الطرفين، كما أن الله تعالى أمرنا بوفاء بالعقود بصيغة عامة دون تمييز، وعليه يجب الوفاء بالشرط ويمنع نقضه والإخلال به ما لم يوجد دليل يقضي بتحريمه[9] .

وقد ناقش أصحاب الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط المنع والحظ هذا الدليل، بأنه ليس هناك من يعلم بعهد الله إلا إذا ورد نص به، وبالتالي فكل ما لم يرد به نص فهو باطل ولا يلزم الوفاء به.

---

1 سورة المائدة، الآية 1.

2 أحمد رباحي، ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامية، مجلة دراسات قانونية ، 2010 ،عدد7،ص 25.

3 يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 47- 48.

4 نشوة العلواني، مرجع سابق ،ص99.

5 زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1968 ، ص 83 .

6 سورة الأنعام ، الآية 152.

7 سورة الإسراء، الآية 34.

8 سورة الأحزاب، الآية 15.

9 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 98-99.

وجاء رد المبيحين للاشتراط بأن هذه المناقشة لا أساس لها من الصحة، لأن عهد الله تعالى لا ينحصر في العهود التي يأخذها الله على الناس بالنص، وإنما يمتد ليشمل ما يقطعه المرء على نفسه من عقود وشروط[1] .

3 . واستدلوا أيضا بقوله تعالى: « وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلا تَنقُضُوا الأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمْ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ [2]) .

ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى أمرنا بضرورة الوفاء بالعهود والمواثيق التي يعقدها المرء على نفسه، لاسيما إذا اقترنت بالأيمان المغلظة، ولكون عقد الزواج يعتبر ميثاقا من المواثيق، لذا وصفه القرآن الكريم بميثاق الغليظ وجعله فر مقدمة هذه المواثيق وأوجب على الطرف المتعهد الوفاء بتعهداته التي لا تتنافى مع مقاصد وأحكام الشريعة الإسلامية[3]

وبقوله تعالى أيضا: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً[4])

ووجه الدلالة من هاته الآية الكريمة أن الله عز وجل أجاز انتقال الأعيان والأموال عن طريق التجارة التي تتم بالتراضي بين المتعاقدين، وبذلك يعتبر التراضي هو الأصل في صحة وإباحة التجارات التي هي سبب لكسب المال، فإذا حصل التراضي بين المتعاقدين على شرط لا يخالف الشرع اعتبر جائزا ويمنع إلغائه وإلزامهما بشرط لم يتراضيا عليه، كما لا يجوز إلزامهما بما لم يلزمهما الله ورسوله، ولا إبطال ما اشترطاه إذا لم يحرم الله ورسوله عليهما ذلك الشرط[5]

ثانيا من السنة

استدل المجيزون للاشتراط بجملة من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم نذكر منها ما يلي

1.قوله صلى الله عليه وسلم: « إن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج [6]).

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الشروط في عقد النكاح هي أحق بالوفاء من غيرها إذا كانت صحيحة وجائزة ، ولا يوجد أي فرق بين أن تكون هذه الشروط لها علاقة بالآثار المالية للزواج كالمهر أو النفقة أو دونها من الشروط التي تحقق مصالح مشروعة للزوجين ، وهذا لأن واضع الشرط فر عقد الزواج ما كان ليقدم على هذا الزواج لولا اطمئنانه بأنه سوفي له بشرطه[7]

2.قوله صلى الله عليه وسلم: «أربع من كن فيه منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حق يدعها، إذا حدث كذب، واذا عاهد غدر، واذا وعد أخلف، واذا خاصم فجر[8].

ووجه الدلالة من هذا الحديث هو وجوب الوفاء بالعهود والنهي عن الغدر والخيانة ونقض العهود، فلو سلمنا بأن الأصل في العقود والشروط المنع والتحريم إلا ما أجازه الشارع لما صح أن يؤمر بالوفاء بالعهود والعقود مطلقا وأن يذم من نقضها وغدر بها ، ولا شكك أن نقض الشرط هو غدر يذم عليه[9]

3.قوله صلى الله عليه وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم،

---

1 نفس المرجع، ص 129.

2 سورة النحل، الآيتان 91و92.

3 سعيد خنوش ، مرجع سابق ، ص 20.

4 سورة النساء، الآية 29.

5 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 103.

6 الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثاني كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة، ص 368 .

7 مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 488.

8 مسلم، صحيح مسلم ، الجزء الأول، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، دار الجيل، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون سنة، ص 56.

9 كوثر كامل علي، مرجع سابق، ص 33.

إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما)[1].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن المشترط ليس بإمكانه إباحة ما حرمه الله عز وجل ولا تحريم ما أباحه، فعندئذ يعد شرطه هذا إبطالا لحكم الله، وليس بوسعه إسقاط ما أوجبه الله، وإنما يكون له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه، فمقصود الشروط هو وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما، وعدم الإيجاب ليس نفيا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع، فهذا الحديث دل على صحة جميع أنواع الشروط ما لم يرد من الشارع ما يدل على تحريمه لشرط منها وبطلانه[2].

وقد ناقش أصحاب الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الحظر والمنع أدلة أصحاب الرأي المبيح للاشتراط المتمثلة في الأحاديث السالفة الذكر وأكدوا معارضتهم لها، فيما يخص الحديث الأول:(إن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج)، فإن كلمة أحق لا يمكن أن توخز على إطلاقها، بل يقصد بها ما هو حق في نفسه وليس بباطل، كما ذهبوا إلى القول بأن المقصود من الشروط هي الشروط التي تستحقها المرأة بموجب عقد النكاح من المهر والنفقة، لأنها هي التي تستحل بها فروج النساء، فيلتزم الزوج بها كأنها شرطت عليه في العقد، وبالتالي رفضوا الأخذ بهذا الحديث كدليل على وجوب الوفاء بالعقود والشروط[3]

ثالثا:من الأثر

إن الآثار التي احتج بها المبيحين للشروط كثيرة وسنحاول بيان بعضها على سبيل المثال لا الحصر، فاستدلوا بما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها، فتقاضيا إلى عمر فقال لها شرطها، فقال الرجل، هلك الرجال إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فأجابه عمر بقوله: « إن مقاطع الحقوق عند الشروط[4])، وفي رواية أخرى: «المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم)، فما قضى به عمر بصحة الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها بألا ينقلها من بلدها يدل على صحة مثل هذه الشروط في النكاح، وإن كانت ليست من مقتضى العقد، ومن ثم وجب الوفاء بكل الشروط التي فيها منفعة للزوجين بشرط ألا تخالف أو تنافي أحكام الشريعة الإسلامية[5].

كما استدلوا أيضا بما روي عن أبي الزناد أن امرأة قاضت زوجها إلى عمر بن عبد العزيز، بأنه قد اشترط لها دارها عندما تزوجها، ثم أراد أن يخرجها منها، فقضى عمر بأن لها دارها لا يخرجها منها وقال: والذي نفس عمر بيده لو استحللت فرجها بزنة أحد ذهبا لأخذت ما به[6] .

وقد ناقش المانعون للاشتراط ما قضى به عمر بن الخطاب بأن علي بن أبي طالب قد خالفه وقال: شرط الله قبل شرطها)، كما خالفه أيضا بعض التابعين كسعيد بن المسيب الذي كان جوابه عن المرأة التي تشترط على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو دارها بأن يخرجها إن شاء، كما ذهبوا إلى القول بأن هناك رواية أخرى عن عمر بن الخطاب، حيث قضى بإلغاء ما تشترطه المرأة على زوجها بألا يخرجها من دارها، ثم قال المرأة مع زوجها، وعليه لا يمكن الاحتجاج بأحد الأثرين دون الآخر[7] .

رابعا: من المعقول

استدل القائلون بجواز الشروط بجملة من الأدلة العقلية نذكر منها مايلي:

---

1 الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثاني كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح ،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة، ص 318.

2 نشوة العلواني، مرجع سابق ،ص101-102.

3 سعيد خنوش ، مرجع سابق ، ص 31.

4 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 1999، ص 216.

5 زكي الدين شعبان ، مرجع سابق، ص 66.

6 احمد رباحي، مرجع سابق ،29.

7 زكي الدين شعبان، نفس المرجع السابق، ص 90.

1. إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية الأصل فيها عدم التحريم لأنها ليست من العبادات، وقد بين الله تعالى لنا ما هو محرم علينا في قوله: « وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ[1]) ، فإذ لم تكن حراما كانت صحيحة ويلزم الوفاء بها كما أنه لا يوجد في القرآن الكريم ما يدل على تحريم إنشاء الشروط في عقد الزواج[2]

2 . إن العقود والشروط هي من الأفعال التي يطلق عليها في اصطلاح الفقهاء بالعادات وليست من العبادات، فالعادات ينظر فيها إلى عللها ومعانيها لا إلى النصوص، فيكفي لصحتها ألا يحرمها الشارع دون حاجة إلى اشتراط الدليل المبيح حتى نقول أن ذلك الشرط صحيح، عكس العبادات التي الأصل فيها التوقف عند النص القرآني الثابت، بالإضافة إلى ذلك أباح الشارع نقل الحقوق وإسقاطها بالرضا، فكل عقد يتوافر فيه الرضا يلزم الوفاء به ولو لم يرد به نص صريح يبيحه[3] .

الفرع الثالث

تقييم هذا الرأي

بعد التعرض إلى الأدلة التي استند عليها أصحاب الرأي الأول القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة، يتبين لنا بأن هذا الرأي يودي إلى التوسعة على الناس ورفع الحرج عنهم بإجازة الاشتراط في عقد الزواج أو غيره من العقود والمعاملات، كما يتبين لنا وجاهة هذا الرأي لأنه لم يترك باب الشروط مفتوحا على مصراعيه، بل اقتصر الأمر على الشروط الصحيحة التي لم يرد بشأنها نص شرعي يدل على تحريمها[4]

إن الأخذ برأي الحنابلة اختيار سليم لأنه يتلاءم مع تحقيق مصالح الأفراد، بشرط ألا يتناقض ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار أن حاجات الناس في تطور مستمر، مما يؤدي إلى ظهور أنواع جديدة من المعاملات لم تكن معروفة من قبل ولم يرد بشأنها نص شرعيه الأمر الذي يستدعي إجازتها وجوب الوفاء بها ما لم تحرم حلالا أو تحلل حراما، وهذا يعني أن حرية التعاقد يجب أن تكون في إطار الحلال ولا تمتد إلى إطار الحرام[5].

وفي الواقع فإن الشروط المقترنة بعقد الزواج قد تكون خادمة له وتساعد على تحقيق التوافق بين الزوجين ووضع المسار الصحيح لحياتهما المستقبلية، بما يحقق الاستقرار دون أن تتناقض تلك الشروط مع قدسية عقد الزواج، كما أن حرية الاشتراط ليست على إطلاقها بل هي مقيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فالأصل هو إجازة الاشتراط ما لم يوجد دليل يحرمه، بالإضافة إلى إمكانية مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج سواء عن طريق الموظف المختص بإبرام عقد الزواج أو عن طريق القضاء[6].

ويمكن القول أن الرأي الذي يقضي بأن الأصل في الاشتراط الصحة والجواز يتميز بالمرونة ومسايرة واقع الناس ومتطلباتهم وروابطهم العقدية هو رأي سليم، لأن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها ، كما أنه يعطي للزوجين الحرية في اشتراط شروط من شأنها تقوية عقد الزواج وتزيد من فرص استمراره.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة ومختلف قوانين الأحوال الشخصية العربية كمدونة الأسرة المغربية[7]، نجد أنهم قد تبنوا الرأي القائل بحرية الاشتراط عموما، وهذا هو المسلك الذي نهجه الحنابلة وبدرجة أقل المالكية، ويبدو ذلك واضحا من أحكام نص المادة 19 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)

---

1 سورة الأنعام ، الآية 119.

2 نشوة العلواني، مرجع سابق ،104.

3 احمد رباحي، مرجع سابق ،29.

4 رشدي شحاتة أبوزيد، نفس المرجع السابق، ص 148.

5 كوثر كامل علي، مرجع سابق، ص 33.

6 يوسف مسعودي، مرجع سابق ، ص56.

7 المادة**47** التي تنص :الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا)).

ومن خلال نص المادة 19 يتضح أن المشرع قد منح لإرادة الزوجين مطلق الحرية في اشتراط الشروط التي تحقق مصالحهما، ما لم تتصادم تلك الشروط مع أحكام قانون الأسرة أو مقتضيات عقد الزواج، وهذا يعني أن هذا الرأي لم يفرق بين عقد الزواج وغيره من العقود في حرية اشتراط الشروط.

المطلب الثاني

الرأي القائل بحظر الاشتراط في عقد الزواج

يتمثل أصحاب هذا الرأي في جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية الذين يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها، فهم يقيدون إرادة الإنسان ويضيقون عليها المجل في باب العقود والشروط، ويترتب على ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في إنشاء العقود ولا في تحديد الشروط إلا ما نص الشارع على إباحته أو جوازه، أما غير ذلك فلا يمكن إنشاؤه وإلا اعتبر باطلا، فأنصار هذا الرأي ذهبوا إلى القول بأن الأصل في الاشتراط الحظر والمنع وتمسكوا بهذا المبدأ رغم اختلافهم في التفاصيل[1] .

وقد تمسك أصحاب هذا الرأي بنظرية مقتضى العقد، حيث يرون أن لكل عقد أحكاما أساسية تسمى مقتضى العقد يكلف المتعاقد بها وهي محددة من قبل الشارع أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها دون حاجة إلى اشتراطها من قبل المتعاقد الآخر، ومثال ذلك التزام الزوج بدفع المهر والنفقة، وكذلك التزام الزوجة بتسليم نفسها، فإذا اشترط المتعاقدان شرطا مخالفا لمقتضى العقد فسد هذا العقد[2] .

وسيتم التعرض إلى دراسة مضمون هذا الرأي في (الفرع الأول)، ثم نبين الحجر أو الأدلة التي استند عليها أصحاب هذا الرأي في (الفرع الثاني)، وأخيرا يتم تقييم هذا الرأي في (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

مضمون هذا الرأي

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الأصل في العقود والشروط الحظر والمنع حتى يقوم الدليل على الصحة والجواز من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان، وعليه تكون كل الشروط باطلة ماعدا الشروط التي ورد النص بجوازها وصحتها[3]، فالشروط المباحة هي التي توافق مقتضى العقد وتلاءم حكمه أو التي يدل على مشروعيتها دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية.

ومفاد نظرية مقتضى العقد أنها تقوم على أساس أن إرادة الزوجين لا تنشأ عقدا بقدر ما تحقق انضمامهما إلى نظام قانوني، بحيث يقتصر دور إرادتيهما في إبرام عقد الزواج دون تعديل أو تغيير لآثاره، وهذا ما يؤدي إلى تقليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد وتحقيق استقرار النظام العام[4].

لقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط ولم يفتحوه إلا بقدر معين يختلف سعة وضيقا نتيجة اختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، وأيضا لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملاءمته لحكمه، وسنعرض الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا الرأي في الفرع التالي:

الفرع الثاني

أدلة هذا الرأي

أولا: من الكتاب

---

1 عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، من سلسة الرسالة، الطبعة السادسة، ص 393.

2 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 63.

3 كوثر كامل علي، مرجع سابق، ص 18.

4 محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 72.

استدل أصحاب هذا الرأي بجملة من الآيات نذكر منها:

1.قوله تعالى: «وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمْ الظَّالِمُونَ[1]) وقال أيضا: « وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ[2]).

ووجه الدلالة من هاتين الآيتين أن الله سبحانه وتعالى بين لعباده الأوامر والنواهي التي لا يصح تجاوزها، ويسمى المتجاوز لحدود الله معتديا، ومن ثم فإن كل شرط ليس في كتاب الله أي لم يرد به دليل معين يعتبر تعديا لحدود الله ومخالفة لحدود شرعه لا يلزم الوفاء به[3].

وقد ناقش أصحاب الرأي الأول القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة والجواز الاستدلال بالآيتين الكريمتين بأنه ليس فيهما ما يدل على أن الشروط في العقود غير جائزة وباطلة، إذ هما واردتان في غير محل النزاع، فقد وردتا في شأن من يخالف ما شرعه الله تعالى بفعل ما نهى عنه وترك ما أمر به، كما أن الآية الأولى جاءت مسبوقة بذكر أحكام حددها الله تعالى وبينها لعباده من اليمين بالله تعالى والإيلاء والطلاق بمال وبغير مال، ثم أعقب الله تعالى ذلك بقوله: «تلك حدود الله»، أي قوانينه وأحكامه فلا تعتدوها بفعل ما يخالفها.

وجاءت الآية الثانية مسبوقة بأحكام شرعها الله لعباده وألزمهم بها من تطليق النساء في عدتهن وإحصاء العدة، ومن نهي المطلقين أن يخرجوا مطلقاتهم من بيوتهن، فالآيتان جاءتا لبيان حكم المعتدي على حدود الله وشريعته، ومن ثم فإن استدلال الظاهرية بهما ليس في محله، لأنهما لا تدلان على النهي عن الاشتراط في العقود[4].

2.قال تعالى: « الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمْ الإِسْلامَ دِيناً»[5].

ووجه الدلالة من هاته الآية أن الله سبحانه وتعالى قد أكمل لنا الدين بجميع أحكامه وأتم الشريعة، فجاءت شاملة على كل ما يحتاجه العباد في الدنيا والآخرة، وعليه فإن إنشاء أي عقد أو تصرف أو اشتراط أي شرط يعد زيادة على دين الله، ومن ثم وجب أن يكون هذا العقد أو التصرف أو الشرط باطلا لا يلزم الوفاء به[6] .

3.قال تعالى: « وَلا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمْ الْكَذِبَ هَذَا حَلالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لا يُفْلِحُونَ[7]».

ووجه الدلالة من هاته الآية أن المشترط الذي يحرم على نفسه أن يتزوج على امرأته أو لا ينقلها من بلدها أو دارها يكون قد خاف الله في أمره، لأنه حرم عليه نعمه ما أحل الله تعالى له، وبذلك يكون قد أقحم نفسه في أمر خطير وهو أمر التحليل والتحريم، لذا توعده الله تعالى بعذاب أليم[8].

4.كما استدل قوله تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ[9]» ، وبقوله تعالى أيضا: « وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ[10]».

ثانيا: من السنة

1.قال صلى الله عليه وسلم: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»[1] .

---

1 سورة البقرة ، الآية 229.

2 سورة الطلاق ، الآية 1.

3 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 95.

4 زكي الدين شعبان، نفس المرجع السابق، ص 73.

5 سورة المائدة ، الآية 3.

6 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 84.

7 سورة النحل ، الآيتان 116-117.

8 سعيد حنوش، مرجع سابق، ص 35.

9 سورة المائدة ، الآية 1.

10 سورة النحل ، الآية 91.

ووجه الدلالة من هذا الحديث هو بطلان كل عمل ليس على طريقة الشارع ولا يوافق شرع الله، فالشرط الذي لم يرد نص يدل على صحته وجوازه ليس على طريقة الشارع، يكون باطلا ومردودا لا يلزم الوفاء به[2].

وذهب الظاهرية إلى القول بخصوص هذا الحديث ببطلان كل عقد عقده الإنسان إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو إباحة التزامه بعينه[3].

قال صلى الله عليه وسلم: اما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ ماكان من شرط ليس في كتاب الله عزو جل فهو باطل، وان كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق فلانا والولاء لي، إنما الولاء لمن أعتق[4].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن كل شرط لم يرد دليل معين على صحته في كتاب الله فهو باطل لا أثر له ، لأنه خارج عن حكم الله وشرعه ، فلا يصح اشتراطه ولا يلزم الوفاء به[5]

وقد ناقش المجيزون للاشتراط هذه الأدلة بأن جل الأحكام الشرعية مأخوذة من أدلة أخرى غير الكتاب والسنة، مادامت لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية، وعليه يكون المعنى الحقيقي للحديث الأول هو بطلان كل عقد أو شرط احتوى أمرا من الأمور المنهى عنها شرعا[6].

كما أن الاستدلال للحديث الثاني ليس في محله، فالمقصود منه هو إبطال الشروط التي تتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام، وليس معناه بطلان الشروط غير المنصوص عليها في كتاب الله، كما لو اشترطت الزوجة على زوجها طلاق ضرتها لورود النهي عن ذلك، أو شرط الولاء لغير المعتق فهو باطل والذي كان سببا في ورود هذا الحديث، فلا يعد ذلك تخصيصا له[7]، لأن الحديث جاء عاما في بدايته: « ... ما كان من ليس في كتاب الله... »، بالإضافة إلى أن المقصود بكتاب الله ليس القرآن قطعا، بل أن أكثر الشروط الصحيحة ليست موجودة في القرآن الكريم وإنما علمت من السنة، فدل هذا على أن المراد من كتاب الله حكمه، كقوله تعالى: «كتاب الله عليكم[8]» ، وعليه فإن كتاب الله يطلق على كلامه وعلى حكمه.

ثالثا: من المعقول

1 . إن العقود والتصرفات الشرعية لها مقتضياتها وأحكام تترتب عليها بوضع الشارع وجعله، فليس لإرادة الإنسان أن تفير هذه المقتضيات بالزيادة أو النقصان عن طريق اشتراط ما يخالفها، لأن ذلك يعد تغيير أو تعديل لما أوجبه الشارع ، فهذا لا يجوز إلا بدليل معين منه يدل على صحة ذلك[9].

2 . ذهب ابن حزم إلى القول، بأن كل شرط لم يرد من الشارع ما يدل على إباحته والإذن به لا يخلو من أحد الأمور التالية

---

1 مسلم، صحيح مسلم، معجم 30، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، دار السلام للنشر والتوزيع،الطبعة الأولى 1998، ص 762.

2 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 95-96.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الرابع، دار الفكر، 1992، ص 199.

4 مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء التاسع، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1998،5، ص383.

5 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 96.

6 كوثر كامل علي، مرجع سابق، ص 31.

7 سعيد حنوش، مرجع سابق، ص 39.

8 سورة النساء ، الآية 24.

9 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 97-98.

أ. إجازة ما لم يجب في العقد، بمعنى إجازة ما لم يوجبه الله.

ب. التزام عمل يؤدي إلى إباحة ما حرمه الله.

ج. المنع من عمل يترتب عليه تحريم ما أحله الله، أو الالتزام بإسقاط ما أوجبه الله تعالى ولتجنب هذه الآثار السلبية يجب إبطال كل الشروط عامة والاقتصار على ما ورد النص من القرآن والسنة بإباحته[1]، وقد نوقشت هذه الأدلة العقلية بأنه إذا سلمنا بأن مقتضيات العقود وأحكامها ثابتة بحكم من الشارع وجعله، فهذا لا يعني ألا يملك المتعاقد تغيير حكم من الأحكام أو أثر من الآثار إلا إذا ورد دليل معين يبيح له ذلك لأن الشارع منحه سلطانا كبيرا وحرية واسعة في إبرام العقود وترتيب ما يشاء عليها من آثاره وقد اعتمد المجيزون للاشتراط على الآيات القرآنية التي تدل على وجوب الوفاء بالعقود عامة، وأن الله سبحانه وتعالى جعل الرضا أمامنا لنقل الحقوق وإسقاطها، فآثار العقد تكون نتيجة لما يتراضى عليه المتعاقدان ويلزمان به أنفسهما، بشرط ألا يخالفا في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فإذا كان الشرط مخالفا لأحكام الشرع وقواعده الكلية حكم ببطلانه وعدم صحته، أما إذا كان موافقا لها فهو صحيح ويجب الوفاء به[2].

أما فيما يخص المعقول الثاني وما ذهب إليه ابن حزم، فقد رد عليه المبيحون للاشتراط وعلى رأسهم ابن القيم بقوله: «... أباح الله سبحانه للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها فيباشر من الأسباب ما يحل له بعد أن كان حراما عليه أو يحرمه عليه بعد أن كان حلالا له أو يوجبه بعد أن لم يكن واجنا أو يسقطه بعد وجوبه، وليس في ذلك تغيير لأحكامه، بل كل ذلك من أحكامه فهو الذي أحل وحرم، وأوجب وأسقط، وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا[3].

وجاء ابن القيم ببعض الأمثلة، فكما أن نكاح المرأة يحل للرجل ما كان حراما عليه قبل أن يقدم على الزواج، وأن طلاقها يحرمها عليه ويسقط عنه ما كان واجبا عليه من حقوقها، فكذلك التزامه بالعقد والشرط، وهذا يعني أن المتعاقد يملك تغيير آثار العقد بالشرط الذي هو تابع له[4]، وهنا يكمن الخلاف بين الرأيين، فالمانعون للاشتراط يعتصرون على الشروط التي ورد من الشارع ما يدل على إباحتها، في حين يرى المجيزون للشروط أن الأصل فيها الإباحة بشرط أن تكون موافقة للشرع .

وعلى هذا الأساس فالمتعاقد لا يملك الخيارات التي ذكرها ابن حزم، فهو يملك ما أجاز الله للمكلف فعله وتركه كالمتزوج بأكثر من امرأة، أو الانتقال من بلد إلى آخر إلى غير ذلك من الأمور التي يملك المكلف مطلق الحرية في فعلها أو تركها، وفي هذه المساحات يباح للمكلف اشتراط الشروط، كاشتراط المرأة على زوجها ألا ينقلها من بلدها، فليس هناك ما يمنع التزام الزوج بهذا الشرط في الشرع[5].

الفرع الثالث

تقييم هذا الرأي

من خلال ما سبق التعرض إليه يتضح لنا بأن الظاهرية من أشد المضيقين المانعين للشروط في عقد الزواج والعقود عامة ، فأصحاب هذا الرأي يقتصرون على إباحة الشروط التي ورد دليل من الشارع بجوازها ، ويرون بأنه مادامت أن الشريعة شاملة على ما يحتاجه الناس فلا جدوى من إنشاءه عقود أو تصرفات جديدة، لأن ذلك يعد زيادة على الدين وخروجا عنه فأصحاب هذا الرأي أغلقوا باب الشروط في العقود ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقا، تبعا لاختلاف نظرتهم للأدلة الشرعية[6]، كما أنهم لا

---

1 رشدي شحاتة أبوزيد، نفس المرجع السابق، ص 124-125.

2 زكي الدين شعبان ، مرجع سابق، ص 78-80.

3 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 98.

4 رشدي شحاتة أبوزيد، نفس المرجع السابق، ص 140.

5 زكي الدين شعبان ، مرجع سابق، ص 77.

6 رشدي شحاتة أبوزيد، نفس المرجع السابق، ص 151.

يفرقون بين عقود المعارضات المالية ولا عقود الزواج، مادام أن الظاهرية لم يتوسعوا في الأخذ بالأدلة الشرعية المثبتة لجواز العقود والشروط كالاستحسان والمصاح المرسلة والعرف، بل اكتفوا بالأدلة الواردة في الكتاب والسنة والإجماع.

وعليه يمكن القول أنه كلما تم التوسع في الأخذ بالأدلة، كلما فتحت الباب أمام المتعاقدين في اشتراط ما يشاء ان من الشروط، وبالتالي الاقتراب من الرأي الأول القائل بحرية الاشتراط، لذلك نجد الحنفية والشافعية أقل تشددا في الحظر والمنع مقارنة بالظاهرية، فهم يعطون للإرادة مطلق الحرية في بعض الحالات وبالأخص الحنفية، لأنهم يأخذون بالعرف وأثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد ولم يرد به دليل من الشارع ويحقق منفعة لأحد المتعاقدين وجرى به العرف، كما أخذوا بالاستحسان والمصالح المرسلة، على عكس الشافعية الذين لم يأخذوا بالعرف والاستحسان، في حين توسع المالكية في تصحيح الشروط مما يقربهم إلى الحنابلة، فهم لم يشترطوا إلا عدم مخالفة الشرط الحكم الأصلي للعقد، كما أخذوا بالاستحسان والمصالح المرسلة كدليل شرعي زيادة على النص والإجماع[1].

وأخيرا فإن الأخذ بالرأي الثاني القائل بحظر الاشتراط، يؤدي إلى جعل الشريعة الإسلامية جامدة وغير مرنة ليس في إمكانها مسايرة المستجدات في المعاملات، بما فيها عقد الزواج ومواجهة التغيرات الاقتصادية والاجتماعية وتأثيرها على الأسرة، وبالنتيجة عدم تلبية المنافع والحاجيات الضرورية للأفراد وللأزواج بصفة خاصة، لأن أصحاب هذا الرأي يقولون بحظر الشروط وعدم صحة أي منها إلا إذا ورد دليل فيها وعلى الأخص الظاهرية، وهذا يتناقض مع ما عرف عن الشريعة الإسلامية بأنها صالحة لكل زمان ومكان، وأنها جاءت لرفع الحرج والضيق عن الناس[2].

وعليه فالرأي الراجح هو الرأي القائل بأن الأصل في الشروط الصحة والإباحة حتى يقوم الدليل على المنع والبطلان وهم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارضة، لأن كل المناقشات التي جاء بها المقيدون للشروط أمكنهم الرد عليها[3]، وأيضا لملائمة هذا المذهب لروح الشريعة الإسلامية التي عرف عنها بأنها صالحة لكل زمان ومكان، وأنها مبنية عل التيسير ورفع الحرج عن العباد

المطلب الثالث

القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج

إن ترك الحرية المطلقة للزوجين في ترتيب ما يشاء ان من آثار على عقد الزواج من خلال الشروط التي يشترطانها وفقا لرغباتهما وأهوائهما التي لا تنتهي عند حد، قد يترتب عليه وقوع الكثير من المخالفات لقواعد الشريعة الإسلامية، لذا لم يترك أمر الشروط يعير حسب أهواء المتعاقدين ورغباتهما الشخصية، بل وضعت حدود لهذه الشروط التي ينبغي عليهما عدم تجاوزها وإلا كانت شروطهما باطلة.

ومما سبق نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على أن من الشروط ما هو ومباح وجائز يصح التزامه ويجب الوفاء به، وأن منها ما ليس مباح ولا جان فلا يصح التزامه ولا يجوز الوفاء به، غير أنهم يختلفون في تحديد الضابط الذي يحكم الشروط الصحيحة المشروعة والشروط الفاسدة المحظورة، فيفترقون في ذلك إلى طائفتين طائفة تضيق المجال على الإدارة في اشتراط ما تشاء من الشروط وعلى رأسهم الظاهرية، وطائفة تعطي للإرادة مطلق الحرية في اشتراط ما تشاء من الشروط وهم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، بينما احتل المالكية والشافعية والحنفية موقفا وسطا بين موقفي فقهاء كل من الطائفتين.

في حين نجد أن القوانين الوضعية تجعل من النظام العام القيد الأساسي على حرية الاشتراط، وفكرة النظام العام هي نسبية ومرنة تتغير بتغير المكان والزمان، بينما اقتصر المشرع في المادة 19 من قانون الأسرة بالنص على أن القيد الأساسي على حرية

---

1 يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 44 .

2 رشدي شحاتة أبوزيد، نفس المرجع السابق، ص 149.

3 علي محمد علي فاسم، مرجع سابق، ص 58.

الاشتراط في عقد الزواج هو عدم مخالفة الشرط أحكام هذا القانون، وسيتم التعرض إلى أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج في الفروع التالية:

الفرع الأول

احترام قواعد النظام العام والآداب العامة

يعد قيد النظام العام والآداب العامة من أهم القيود التي ترد على حرية الاشتراط في عقد الزواج، وهذا لأن معظم مواضيع الأحوال الشخصية تحقق مصلحة عامة وتعتبر من النظام العام[1]، فلا يجوز للروحين تعديلها باتفاقات فيما بينهما، لذلك يقع باطلا كل شرط بين الزوجين يقضي بتعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية، ويقع باطلا أيضا كل شرط يقضي بتعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها كشرط إسقاط المهر أو عدم الإنفاق عليها[2].

فالشرط المخالف للنظام العام في القانون الوضعي فهو الشرط الذي يقصد منه الوصول إلى أمر ممنوع بالقانون بتشويه نص أو أكثر من النصوص الآمرة أو الاحتيال عليه ، أما في الشريعة الإسلامية لم يبحث الفقهاء، في تعرف الشرط المخالف للنظام العام ، ولكن بالرجوع إلى الحديث الشريف: «والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»، فهذا الحديث يدل على بطلان الشرط إذا كان المراد منه تحليل الحرام أو تحريم الحلال بتشويه النصوص أو الاحتيال عليها[3]، وعليه فالمقصود بالنظام العام في الشريعة الإسلامية هو مراعاة الحلال والحرام[4] .

أما المقصود بالآداب العامة هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وعصر معين لا يجوز للأفراد تجاوزها[5]، والتي تستمد قوتها من الدين والأخلاق العالية وما تآلف عليه الناس في مجتمع وزمان معينين من عادات وأعراف في مجال المعاملات[6].

وفكرة الآداب نسبية كذلك كفكرة النظام العام، إذ تتغير من مكان إلى آخر كما تتغير من زمان إلى آخر، ولا يراد بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق، بل يراد بها تلك التي تمثل الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر في وقت معين لازمة لحفظ المجتمع من الانحلال الخلقي.

إن فكرة النظام العام والآداب العامة التي تعتبر كقيد على حرية الاشتراط في عقد الزواج في القانون الوضعي لها ما يقابلها في الشريعة الإسلامية، وهي فكرة عدم مخالفة الشرط للدليل الشرعي، غير أنهما تختلفان لأن النظام الشرعي العام في الشريعة الإسلامية ثابت لا يجوز تبديله أو تغييره على مر العصور، عكس فكرة النظام العام في القانون الوضعي فإنها قابلة للتغيير، زيادة على ذلك فإن نطاق التحريم في الشريعة الإسلامية أوسع مجالا من نطاق التحريم في القانون الوضعي، ويرجع ذلك لمعالجة الفقه الإسلامي لأمور الدينية والدنيوية، بينما يكتفي القانون الوضعي بمعالجة الأمور الدنيوية فقط[7].

---

1 إلياس ناصيف موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، الطبعة الثانية ، 1997، ص 43.

2 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 78-79.

3 صبيحة حمار لمطاعي، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1995-1996، ص 105.

4 محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 40.

5 فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص 450.

6 نور الدين لمطاعي، مرجع سابق، ص 178.

7 يوسف مسعودي، مرجع سابق ، ص 61.

الفرع الثاني

عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

لقد ورد هذا القيد ضمن نص المادة 19من قانون الأسرة التي جاءت بأحكام عامة غير محددة ، فورد الجزء الأول منها في صيغة تتممن قاعدة عامة تبيع للزوجين أن يشترطا ما يشده ان من الشروط التي يريانها ضرورية ، في حين ورد الجزء الثاني في صيغة استثناه يقيا العموم السابق ، أي حصر هذه الشروط فقط في الشروط التي لا تخاف أو تتعارض مع ما ورد في قانون الأس ة من أحكام وقواعد[1].

إن المادة 19 قبل تديلها لم تحدد أي نوع من الشروط التي يجوز للزوجين اشتراطها ، وإنما اكتفت بذكر ضابط واحد لهذه الشروط ، ألا وهو عدم مخالفتها لأحكام الشرع والقانون، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها: « من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لايقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكرامة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشرعية.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال– أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج – بالعرف – بتعهده بالبقاء بزوجته بالعاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه ومتى كان كذلك استوجب نقص وإبطال القرار المطعون فيه)[2].

غير أن التعديل الاخير للمادة 19 بموجب الأمر 05-02 جاء ببعض المعطيات الجديدة التي لم ينص عليها النص القديم، حيث أشارت إلى نوعين من الشروط وهما شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة[3]، وقد ورد هذان الشرطان على سبيل المثل لا الحصر، باعتبار أنهما شرطان ضروريان لت سرهما على حياة الأسرة، وبالنظر أيضا إلى تعدد الشروط الممكنة في الحياة العملية مما يصعب حصرها، لذلك نص المشرع على هذين الشرطين على سبيل المثال فقط وترك المجال مفتوحا للعرف والعادة.

ومن أمثلة ذلك اشتراط الزوجة على زوجها ألا يسافر بها أو يخرجها من بلدها إلى بلد أجنبي، أو اشتراط الخلو من العيوب كبعض الأمراض الخطيرة (اسيدا، العقم)، أو تشترط عليه أن يسكنها في مسكن منفرد ومستقل عن أهله، أو ألا يمنعها من متابعة تعليمها أو الاستمرار في ممارسة وظيفتها، فإن هذه الشروط كلها لا تتنافى مع قانون الأسرة ولا تتعارض مع أي نص من نصوصه، وعلى الزوج أن يلتزم بالوفاء بهاء وإذا خالفها يحق للزوجة أن تطلب فسخ الزواج على مسؤولية الزوج بسبب إخلاله بالتزامه العقدي[4].

لكن هناك صعوبة في تحديد أحكام وقواعد قانون الأسرة التي يتوجب على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، وعليه يمكن القول أنه يقصد بهذه الأحكام والقواعد الآثار الأصلية لعتد الزواج التي تعتبر من مقتضى العقد، وهذا ما يتبين من نص المادة 32 من قانون الأسرة التي تنص:(يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد) ، ويمكن أن نستنتج أهم القواعد والأحكام الأساسية التي تضمنها هذا القانون، والتي لها صلة بالموضوع وهي:

- حل الاستمتاع بين الزوجين (المادة 04)
- استحقاق الزوجة للصداق والنفقة (المادتين 14 و 75)
- حسن المعاشرة بين الزوجين (المادة 36)
- منح الزوجة حرية التصرف في مالها (المادة 37)

---

1 عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 169.

2 المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 49575، قرار بتاريخ 20\06\1988،المجلة القضائية،1991، عدد 2، ص54.

3 وبذلك يكون المشرع قد حسم مسألة هذين الشرطين تشريعيا ورفع الحرج عن القاضي والمتقاضين.

4 سليمان ولد خسال، قضايا الزواج المقترن بالشرط ومدى حرية الزوجين في هذه الشروط ،مجلة المعيار، 2004، عدد 9 ، ص 36.

- حق زيارة أهلها واستضافتهم (المادة 36)
- الطلاق يكون بإرادة الزوج أو بالتراضي بين الزوجين أو بطلب من الزوجة (في حدود ما ورد النص عليه في المادتين 13 و 4 (1
- التوارث بين الزوجين (المادة 126)

وقد يثور الإشكال بالنسبة إلى اقتران عقد الزواج ببعض الشروط التي من الممكن أن تخالف أحكام قانون الأسرة، كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، فهل يعد هذا الشرط تحريما لشيء مباح شرعا ؟

يرى الدكتور عبد العزيز سعد أن هذا الشرط يعتبر باطلا لمخالفته نص المادة 8 التي تبيح تعدد الزوجات، لذلك لا يلزم الزوج بالوفاء به، لأنه مخالف لأحكام قانون الأسرة ، فلا يجوز المطالبة بالوفاء به أمام القضاء، كما أنه ليس في مقدور الزوجة أن تطلب التطليق اعتمادا على عدم وفاء الزوج بهذا الشرط[1] .

والجدير بالذكر أن المشرع اشترط عدة شروط لممارسة نظام تعدد الزوجات بموجب المادة 8 وهي أن يكون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، وبعد اثبات وجود المبرر الشرعي وتوافر شروط ونية العدل، بشرط أن يعلم الزوج زوجته السابقة واللاحقة بذلك، والحصول على إذن وترخيص من رئيس المحكمة[2]، في حين لم تقيد الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات إلا بشرط العدل فقط.

وخلاصة القول أنه لا يوجد تعارض بين مبدأ تعدد الزوجات وشرط الزوجة على زوجها بألا يتزوج عليها، فالشروط التي شرعة لحماية مصلحة الزوجة والتي تضمنتها المادة 8 ليست من النظام العام، إذ يجوز لها أن تتنازل عنها وتقبل بزواج زوجها ثانية، حتى ولو لم يوجد له مبرر شرعي، وحتى لو لم يخبرها بزواجه الثاني مسبقا، كما أن تنازل الزوج عن حقه في التعدد لا يلغي المبدأ من أصله، بل يظل التعدد مباحا من غير نفي حق الزوجة في أن تشترط ألا يتزوج عليها إذا كان ذلك يحتق مصلحة جدية لها في الاستئثار بزوجها.

الفرع الثالث

جدية المصلحة

تعرف المصلحة بأنها جلب المنفعة ودفع المضرة والمفسدة[3]، والمصلحة المعتبرة في الشريعة الإسلامية هي المصلحة التي تهدف إلى المحافظة على أمور خمسة وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال[4]، وهذه الأمور الخمسة هي التي جاءت الشرائع السماوية من أجل المحافظة عليها وتسعى الشرائع الوضعية إلى تحقيقها، وفي هذا يقول الإمام الغزالي:(إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضحن حفظ هذه، الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة [5].

فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، وجب عليه الوفاء بهذا الشرط، لأنه يشل مصلحة مقصودة للمرأة في الاستئثار بزوجها، أما إذا أصبحت المصلحة بدون جدوى بسبب أن الشرط الذي اشترطته الزوجة يلحق ضررا بالزوج ويفوت عليه

---

1 عبد العزيز سعدى، مرجع سابق ، ص 172.

2 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009 ، ص 85.

3 محمد تقية، مصادرا لتشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ، 1994، ص 149.

4 محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة، ص 344.

5 محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة، ص 344.

مصلحة حقيقية اعتبرت متعسفة في استعمال حقها، لأن المصلحة التي ترمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناهب إطلاقا مع ما يصيب الزوج من ضرره كأن تكون الزوجة غير قادرة على الانجاب، فهذا الشرط يكون باطلا لأنه يخف الغاية التي شرع الزواج من أجلها.

كما أنه لا يقبل شرط الزوجة على زوجها عدم السفر بهاء لأن هذا الأخير إذا كان يشل في الماضي مصلحة جدية للمرأة لصعوبة الانتقال، فإنه أصبح غير مقبول مع تطور المواصلات التي تسهل على الزوجة زيارة أهلها والتنقل إلى بلدها[1].

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع وإن منح للزوجين مطلق الحرية في اشتراط ما يشاء ان من الشروط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، وبالتالي تحديد آثار هذا العقد وتعديل نتائجه الأصلية بين المتعاقدين، غير أنه قيد حرية الاشتراط بألا تتناقض هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة وألا تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، وهذا يدل على أن المشرع قد اعترف بسلطان الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج، لكنه يحصر، في إطار محدد تتماشى فيه الإرادة مع العدالة والصالح العام، ذلك لأنه إذا اعتبرنا أن الإرادة تتدخل في تكوين العقد وترتيب أحكامه وآثاره لوجدنا أنها مقيدة ومحدودة بقيود النظام العام والآداب العامة، وعليه فإن موقف المشرع من حرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج هو أن الأصل الإباحة والإطلاق، أما الاستثناء فهو التقييد والحظر .

المبحث الثالث

تطبيقات لبعض صور الشروط في عقد الزواج

عقد الزواج كأي عقد من العقود، يحتمل وضع الشروط فيه سواء من جانب الرجل أو من جانب المرأة، والتي من شأنها أن تحقق مصلحتهما أو مصلحة أحدهما أو لصالح أطفالهما، والهدف من هذه الشروط تمتين الرابطة المقدسة التي تربطهما[2].

وقد أراد الشارع لعقد الزواج أن يقع صحيحا ونافذا حتى يرتب آثاره، التي لها أهمية كبيرة في حياة الزوجين وغيرهما ممن تربطهم بهما صلة، وتعود في النهاية على المجتمع ككل بفائدة كبيرة، وآثار عقد الزواج الصحيح كثيرة ومتعددة تتمثل في الحقوق التي تنقسم إلى قسمين بحسب تعقها بشخص صاحبها، فهناك حقوق تخص الزوج وأخرى تخص الزوجة، والشروط المقترنة بعقد الزواج ترد في نطاق هذه، الحقوق[3]، فإما أن تكون مرتبطة بحقوق الزوج على زوجته، أو بحقوق الزوجة على زوجها، أو تتعلق بحقوق مشتركة بينهما، وعليه سنتطرق إلى الشروط المتعلقة بالزوج في (المطلب الأول)، ثم ندرس الشروط المتعلقة بالزوجة في (المطلب الثاني)، وأخيرا نتناول الشروط المالية في عقد الزواج في (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بالزوج

من بين الشروط التي قد يشترطها الزوج في المرأة التي يريد الزواج بها أن تتصف بوصف معين، أو أن يشترط عليها القرار في بيت الزوجية، أو أن يكون له حق تأديبها، وسيتم دراسة هذه الشروط في الفروع التالية:

الفرع الأول

اشتراط الزوج وصفا معين في الزوجة

1 نفس المرجع ، ص 587.

2 شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2003، ص 136.

3 رشدي شحاتة أبوزيد، نفس المرجع السابق، ص 293.

قد يشترط الزوج على زوجته صفة معينة عند إبرام عقد الزواج، كأن تكون بكرا أو غنية أو جميلة أو أن تكون ولودا وغيرها من الصفات، وفي المقابل قد تشترط الزوجة على زوجها السلامة من الشلل أو العور[1]، فما هو أثر هذا الشرط على العقد؟ وهل يحق للزوج إذا كان هو المشترط ففسخ عقد الزواج إذا تخلف الوصف الذي اشترطه رغم أنه يملك الفراق بالطلاق؟

ومن بين الأوصاف الهامة التي قد يشترطها الزوج على زوجته شرط العذرية أو البكارة الذي لا يوخز بعين الاعتبار في نظر الفقه الإسلامي إلا إذا اشترط في عقد الزواج ، كما ذهب الاجتهاد القضائي في نفس المعنى في عدة قرارات له[2]، وقد أكد على وجوب اشتراط هذا الشرط في عقد الزواج حتى يرتب أثره القانوني، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي:(من المقرر شرعا، أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج...)[3] ، كما جاء في قرار آخر ما يلي:(يعد مخالفا للقانون، حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة)[4].

وجاء في قرار آخر ما يلي:(...ومتى تبين – في قضية الحال – أن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب)[5]، وقد ورد في حيثيات هذا القرار وبضبط في إجابة المحكمة العليا عن الوجه الثاني المتعلق بالقصور في التسبيب ما يلي:(بدعوى أن القرار المنتقد قد حمل الطاعنة مسؤولية الطلاق على أساس أنها لم توافق على الفحص الطبي للتعرف على مدى عذريتها مما أوجب حرمانها من التعويض عن الطلاق.

حيث أنه بالفعل فإن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وبذلك فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية ، وعليه فإنه لا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض ، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتقين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق والتعويض وبدون إحالة).

فالمحكمة العليا في قرارها المذكور أكدت قدسية العلاقة بين الزوجين واعتبرت أن إثبات مسألة العذرية من عدمها بدون جدوى لقيام الزوج بالدخول بالزوجة، كما أنها لا تأخذ بعين الاعتبار شرط العذرية إلا إذا اشترطه الزوج صراحة وتم تدوينه كشرط في عقد الزواج، ولا يعد ذلك خرقا أو انتهاكا للمبادئ الأساسية في نظرية العقد، لاسيما مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ القوة الملزمة للعقد اللذان كرستهما المادتان 106 و 107 من القانون المدني[6].

قال الإمام ابن تيمية عن رجل تزوج امرأة على أنها بكرى فبانت ثيبا: له فسخ النكاح، وله أن يطالبها بأرش الصداق – وهو تفاوت ما بين مهر البكر والثيب فينقص بنسبته من المسمى – وإذا فسخ قبل الدخول سقط المهر[7].

زيادة على ذلك فإن عقد الزواج ليس من عقود المعارضات حتى ينطبق عليه كل ما ينطبق على هذه العقود، ومن ثم فإن مصلحة الزوجين تكون في التستر والارتفاع بهذا العقد عن مستوى عقد البيع وما يطبق عليه من خيار الرد بالعيب، لأن جل

---

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005، ص 157-157.

2 Louisa Hanifi, Droit et respect de la vie privée de la personne, revue l'exigence et le droit, Ajed 4 Édition, 2011, p 299.

3 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33715، قرار بتاريخ 25\06\1984، المجلة القضائية،1989، عدد 4 ، ص 99.

4 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 4802640، قرار بتاريخ 11\02\2009، مجلة المحكمة العليا،2009، عدد 1 ، ص 283.

5 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 243417، قرار بتاريخ 23\05\2000، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،2001، عدد خاص ، ص 109.

6 Louisa Hanifi, op cit, p 301.

7 ابن تيمية، مرجع سابق، ص 110.

الأوصاف التي يرغب كل من الزوج أو الزوجة معرفتها في الآخر يمكن التعرف عليها بالتحري عنها قبل انعقاد الزواج[1]، خاصة أن الذي يدعوا إليه النبي صلى الله عليه وسلم هو الدين لاختيار الزوجة، أما غيره من الأوصاف فليست هي أساس الاختيار[2]، وهذا ما جاء في قول صلى الله عليه وسلم: «تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك).

وفي رأينا أن اشتراط أحد الزوجين وصفا معينا في الآخر يكون محبذا، طالما يؤدي ذلك الشرط إلى استقرار الأسرة وتحقيق أواصر المودة والرحمة والتوافق بين الزوجين، بمعنى أن هذه الشروط تكون خادمة لعقد الزواج، ولكن لا يمكن المبالغة فيهاه إذ يجب أن يكون الدين في مقدمة الصفات التي يجب أن يراعيها كل من الزوجين، ثم تأتي باقي الصفات الأخرى التي يرغب فيها الإنسان بطبعه وتميل إليها نفسه.

الفرع الثاني

اشتراط الزوج قرار زوجته في بيت الزوجية

من حقوق الزوجية التي يجب على الزوجة القيام بها اتجاه زوجها، هي القرار في بيت الزوجية وعدم الخروج منه إلا بإذنه والتي تعتبر وجه من أوجه الطاعة[3]، وهذا الحق أوجبه الله تعالى في قوله: «وقرن في بيوتكن)[4] ، فقرار الزوجة في بيت الزوجية التزام يجب عليها الوفاء به سواء اشترطه الزوج أو لم يشترطه ، إذ أن خروجها من غير إذن زوجها فيه فتنة ، لذلك يجب على الأفراد الوقوف عند الحدود التي رسمها لهم الله في هذا الأمر وعدم الخروج عنها حتى لا يلحق الضرر بالأسرة ككل[5] .

كما أن القرار في بيت الزوجية يعد الطريق الوحيد إلى تحقيق مطالب الزوج، فتمنحه حقه وتنجب له الأولاد وتسهر على تربيتهم وتسعى لتوفير الراحة للأسرة كلها، مادام أن الزوج يوفي لها كل مطالب الحياة ويقوم بالإنفاق عليها، فلا داعي إذن أن تخرج من بيته بدون إذنه.

ولعل الحكمة من اشتراط الزوج لهذا الشرط هو تأكيد لحق من الحقوق التي رتبها الشارع له، حتى لا تنشغل المرأة عن زوجها وأولادها، وأيضا لتفادي خروجها الذي يسبب الفتنة، والفتنة حرام، وكل هذا يؤدي إلى حماية الأسرة والمحافظة على أواصر المحبة بين أفرادها، وليس المقصود من هذا الشرط حس المرأة في البيت ومنعها من الخروج منه

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع قد منح للزوجة الحق في زيارة أهلها طبقا لنص المادة 36 منه، غير أنه لم يتطرق إلى الحالات التي يجوز فيها للمرأة الخروج من مسكن الزوجية دون إذن زوجها ما عدا حالة واحدة وهي في حالة ما إذا اشترطت في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق العمل خارج البيت حسب ما جاء في المادة 19 من نفس القانون.

ويمكن القول أن أمر الشارع المرأة القرار في بيت الزوجية جاء لأجل راحتها والحفاظ عليها والرفق بها وابتعادها عن مزاحمة الرجال لها، حتى تعيش معززة مكرمة يرعاها الأب ويوفر لها كل سبل الحياة الكريمة قبل زواجها، ويتولى الزوج هذه الرعاية بعد زواجه منها، فتعيش المرأة كل مراحل حياتها مصانة ومحترمة.

الفرع الثالث

اشتراط الزوج على زوجته أن يكون له الحق في تأديبها

لقد منح الشارع الزوج حق القوامة على زوجته وأولاده، وهي مسؤولية لا يمكن أن تقوم إلا إذا كان لمن له حق القوامة سلطة التأديب، طالما أن النفوس البشرية تختلف من حيث الالتزام بالحكم الشرعية فيوجد منها من يلتزم طواعية ومنها من يلتزم كرها، لذا فإن

---

1 علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 98- 99.

2 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 487.

3 محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2008، ص 265.

4 سورة الأحزاب، الآية 33 .

5 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 274-275.

النساء ينقسن إلى قسين، قسم ملتزم جيد لا يحتاج إلى تأديب، فهذا النوع عالم بحقه وقائم بدوره في الحياة ، أما القسم الثاني فهو الذي يحتاج إلى تأديب[1]، ويحق للزوج تأديب زوجته في الحالات التالية:

– إذا قصرت في أداء حقوق الله عليها، أو تهاونت فيها بترك ما أمره الله به ، أو بفعل ما نهى عنه

– إذا قصرت في أداء حقوق زوجها ، كأن تمتنع عن زوجها إذا دعاها أو لا تذهب إليه إلا مكرهة ، أو تأذن لغير المحارم من الرجال دخول بيتها ، أو تقوم بإنفاق مال زوجها دون سبب[2].

وهذا التقسيم للنساء أورده الله تعالى في قوله: «فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً»[3] ، فبينت هذه الآية الكريمة المرأة التي تحتاج إلى تأديب، وحددت أيضا طرق التأديب التي ينبغي على الزوج إتباعها على سيل التدرج، والمتمثلة في الوعظ والهجر في المضجع والضرب غير المبرح.

أولا: الوعظ

فإذا خرجت المرأة عن طاعة زوجها، فعليه تنبيهها إلى الخطأ ووعظها وتذكيرها بما أوجبه الله عليها، وغالبا ما ينجح هذا العلاج وتعود المرأة إلى صوابها، لأن الكلمة الطيبة والتوجيه الرقيق هو أنجع وسائل التأثير على المرأة، لاسيما إذا كانت تود أن تظهر بمظهر حسن أمام زوجها وأبنائها.

ثانيا: الهجر في المضجع

ويراد به هجر الزوج لزوجته في فراش النوم الذي ينامان فيه عادة بأن يوليها ظهره أو لا يباشرها حتى تعود إلى صوابها ورشدها ، لا مغادرة مسكن الزوجية، ولا يجوز أن يستمر الهجر إلى أربعة أشهر وهي مدة الإيلاء المقدرة شرعا[4].

ثالثا: الضرب.

فإذا لم يفلح الوعظ والهجر في المضجع في تأديب الزوجة، أبيح للرجل عقابها بالضرب غير المبرح، والضرب يكون في غير الوجه والرأس وبشرط ألا يحرق جلدا أو يكسر عظما ولا يشين لحما أو يعفنه، ولا يكون المقصود منه الإهانة أو الانتقام من الزوجة ، بل أن تعدل عن نشوزها فقط[5] ، غير أنه إذا تعدى الرجل بضربه لامرأته إلى الجرح والكسر، كان لها مواجهة تعديه بأمرين:

1–الشكوى إلى القاضي:

فإذا أساء الزوج استعمال حق التأديب، فللزوجة أن تلجأ إلى القاضي الذي يملك سلطة تقديرية في الصلح بين الزوجين، أو الحكم بعقاب الزوج باعتبار أن الضرب وسيلة تأديب فهو سلطة استثنائية للزوج، فإذا تجاوز الحد أصبح الضرب جريمة يعاقب عليها القانون[6].

2– حق طلب التفريق للضرر

يحق للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الضرر الذي لحق بها باعتبار أن الضرب بغير حق شرعي من صور الضرر التي تجيز طلب التطليق طبقا لنص المادة 53 (فقرة 10) من قانون الأسرة.

---

1 محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 194.

2 محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2005 ، ص 51.

3 سورة النساء، الآية 34 .

4 محمد كمال الدين إمام، نفسر المرجع، ص 195–196.

5 محمد جمال أبو سنينة ، مرجع سابق، ص56–57.

6 محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص197.

إن اشتراط الزوج على زوجته أن يكون له حق تأديبها هو شرط صحيح يوافق مقتضى عقد الزواج، لأن الزوج هو أحق الناس في تأديب زوجته، فاشتراطه لهذا الشرط هو تأكيد لحق يملكه، كما أن هذا الشرط يعمل على تفادي اللجوء إلى القضاء في كل صغيرة وكبيرة من قضايا الأسرة، بالإضافة إلى ذلك أنه ليس من المعقول الشكوى لأهل الزوجة في كل أمر أو مشكلة تواجههما، فقد تتفاقم المشاكل بتدخل الأهل أحيانا، ولو ترك الزوج يعج ما بدر من زوجته لتجاوبت معه واستطاع السيطرة على بوادر النشوز، لأن الزوجة أكثر تجاوبا مع زوجها المطلع على حالها.

وبمقابل فإنه يجوز للزوجة أن تشترط على من يريد الزواج بها ألا يضربها، لأن هذا الشرط لا ينافي مقتضى عقد الزواج، طالما أنها تقوم بواجباتها نحوه ولا تخرج عن طاعته أو تعصي أوامره، غير أنه لا يحق لها أن تشترط عليه ألا تطيعه خالفة هذا الشرط مقتضى العقد.

وفي الأخير يمكن القول أن سبب التطرق لشرط القرار في بيت الزوجية، وكذا شرط تأديب الزوجة هو إلغاء المادة 39من قانون الأسرة التي كانت توجب على الزوجة طاعة زوجها، وهذا يشكل مخالفة صارخة لأحكام الشريعة الإسلامية التي أوجبت على الزوجة طاعة زوجها، بشرط أن يكون ذلك بالمعروف وفيما أمر به الشرع، وينطوي هذا الحق على جانبين هامين وهما الانتقال إلى بيت الزوجية والقرار فيه، واستئذان الزوج والاستجابة لحاجاته.

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بالزوجة

من أمثلة الشروط التر قد تشترطها الزوجة على زوجها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق شرط إكمال دراستها أو ممارسة عملها، أو تشترط عليه ألا يتزوج عليها أو أن يسكنها في بيت مستقل عن أهله، وقد تشترط عليه دفع راتب شهري إذا طقها أو أن تكون العصمة بيدها، وسيتم دراسة هذه الشروط في الفروع التالية:

الفرع الأول

اشتراط الزوجة إكمال دراستها أو ممارسة عملها

يعتبر هذا الشرط من الشروط التي لا توافق مقتضى عقد الزواج ولا تنافيه، غير أنها تحقق منفعة أو مصلحة معتبرة للزوجة، وسنتناول شرط إكمال الدراسة (أولا)، ثم شرط عمل الزوجة (ثانيا)

أولا . شرط إكمال الدراسة

لقد حث الشارع على طلب العلم واعتبره فريضة على كل مسلم ومسلمة، وبذلك وجه الخطاب إلى المسلمين ذكورا وإناثا، مما يجعل للمرأة الحق في التعليم في جميع مستوياته ودرجاته لأنها تشكل نصف المجتمع، فإذا حرمت من حقها في التعليم، فهذا يعني أن الزوجة الجاهلة ستنجب أبناء جاهلين، بينما نجد أن الأمة الإسلامية في حاجة ماسة إلى زوجات وأمهات متعلمات بإمكانهن منح الأمة ذرية صالحة متعلمة تساعد في بنائها وازدهارها[1]، وفي هذا يقول الله سبحانه وتعالى: «شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ وَالْمَلائِكَةُ وَأُوْلُوا الْعِلْمِ قَائِماً بِالْقِسْطِ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ»[2].

وإذا كان للمرأة الحق في إكمال دراستها واشتراط ذلك في عقد الزواج، فهذا يعني أن الزوج قد رضي بالاحتباس الناقص متى وافق على شروطها، مادام أن خروجها من بيت الزوجية لا يؤثر على أدائها لواجباتها نحوه ونحو الأولاد، لاسيما إذا كانت ملتزمة بالحشمة وحسن السلوك عند خروجها، كما أن طلب العلم لا يتنافى مع كونها زوجة أو أم، إذ نجد الكثير من النساء يزاولن تعليمهن الجامعي ومع ذلك هن ربات بيوت ناجحات.

ويدخل الشرط الذي تشترطه الزوجة على زوجها بإكمال دراستها في معهد أو جامعة ضمن دائرة الشروط التي لا تتناقض مع

---

1 مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون ، دار السلام ، دار الوراق، الطبعة الثانية، 2003، ص 128.

2 سورة آل عمران، الآية 18.

مقتضى عقد الزواج ولا تخل بالمقصود الأصلي منه، لكنها تحقق منفعة لكلا الزوجين أو لأحدهما، وهو من الشروط التي سكت عنها الشارع ولم يرد بشأنها أمر أو نهي ويعتبر عند فقهاء الحنابلة من الشروط الصحيحة، لأن الأصل عندهم الإباحة ما لم يرد الدليل الشرعي على التحريم أو المنع.

غير أنه يجوز للزوج أن يمنع زوجته من إكمال دراستها رغم موافقته على شرطها، وهذا في حالة ما إذا كان استعمال الزوجة لحقها في إكمال دراستها مشوبا بإساءة استعمال الحق، أو كان منافيا لمصلحة الأسرة[1].

وفي رأينا أن سماح الزوج لزوجته بإكمال دراستها يعود بالفائدة الكبيرة ليس على الزوجة فقط، بل تعم لتشمل الزوج والأولاد، لأنها بالتعلم ستعرف حقوق زوجها وأولادها نحوها، وما يجب أن توفره لهم من الرعاية التي حددها الشرع

ثانيا: شرط عمل الزوجة

الأصل في الشريعة الإسلامية هو قرار الزوجة في بيت الزوجية وقيامها بشؤون زوجها وبيتها ، ويوجد إجماع فقهي على حق الزوج في منع زوجته من العمل بأجر أو بغير أجر ، مادام أنه يحقق لها الكفاية ، وبالتالي إذا أرادت المرأة الخروج للعمل، فلا يحق لها ذلك إلا بإذن الزوج حتى ولو كان هذا من العمل من الأعمال الهامة في المجتمع كالطبيبة والقابلة، أو في حالة عدم قيامه بالإنفاق عليها فتخرج للضرورة، لأن حق الإقامة في مسكن الزوجية واجب يقع على عاتقها[2].

وقد أجاز الله تعالى عمل المرأة إذا ادعت الضرورة لذلك في قوله تعالى: «وَلا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيماً[3])، وفي قوله أيضا: «مَنْ عَمِلَ صَالِحاً مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ»[4].

كما ان الدستور الجزائري أكد على احقية المرأة في العمل، حيث تنص المادة 55 منه على أنه:(لكل المواطنين الحق في العمل)، ونصت المادة 29 على أنه:(كل الموا طنين سواسية أمام القانون ولا يمكن ان يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد او العرف او الجنس او الرأي أو أي شرط او أي ظرف اخر شخصي أو اجتماعي)، كما نصت المادة 32بأن:(الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة).

غير أنه إذا رغبت الزوجة في التأكيد على حقها في العمل وعدم منع الزوج لها من الاستمرار فيه، فما عليها سوى اللجوء إلى تضمين عقد الزواج بهذا الشرط، طالما أن المشرع قد أعطى الأولوية لهذا الشرط من خلال النص عليه في المادة19 من قانون الأسرة، كما أن المادة 67 من نفس القانون نصت على أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، لكن الفقهاء اختلفوا بشأن صحة الوفاء بهذا الشرط إلى عدة آراء:

الرأي الأول: يرى الحنفية أن هذا الشرط فاسد ملغى ويبقى العقد صحيحا، ويحق للزوج أن يمنع زوجته من العمل، فإذا استمرت فيه رغم منعه لها تعد ناشزا.

الرأي الثاني: يرى المالكية أن هذا الشرط صحيح، غير أنه مكروه لا يلزم الوفاء به وإن كان يستحب فلك، ومن ثم جاز للزوج أن يمنع زوجته من العمل، فإذا رفضت تعتبر ناشزا.

الراي الثالث: ويرى الشافعية أن هذا الشرط لا قيمة له، لأن النفقة حسبهم تجب بالتمكين التام لا بالعقد، فيودي هذا العمل إلى خروجها من البيت بغير إذن زوجها، ولهذا تعد الزوجة ناشزا .

الرأي الرابع: في حين يرى الحنابلة أن هذا الشرط ملزم للزوج يجب عليه الوفاء به، فلا يحق له منع زوجته من العمل، فإذا

---

1 محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984، ص 253.

2 علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 70-71.

3 سورة النساء، الأية 32.

4 سورة النحل، الأية 97.

منعها ولم تتوقف عن العمل لا تعتبر ناشزا، لأن ذلك لا يعد إخلالا بالطاعة الواجبة عليها[1].

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة، لأن هذا الشرط يتلاءم مع روح العصر وحاجة المجتمع إلى عمل المرأة، خاصة في مجال الطب والتعليم التي تعد من الأعمال المشروعة ومن الضروريات المباحة، لاسيما إذا كان الزوج معسرا أو ذو دخل متوسط، مما يجعله غير قادر على الإنفاق على أسرته، وبالتالي لا يوجد ما يمنع الزوجة من أن تتعاون مع زوجها وتساهم بمرتبها في النفقة على الأسرة.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد كفلت حق المرأة في العمل، لكنها قيدت هذا الحق بشروط هي :

- يجب ألا يقع تعارض بين عملها وبين مسؤوليتها الكبرى كزوجة وأم[2].
- يجب أن يتناسب عملها مع طبيعتها كأنثى، كالعمل في مجال التعليم والطب.
- يجب ألا يتعارض عملها مع النظام العام والآداب العامة، فلا يجوز لها أن تعمل في أماكن الفجور واللهو.
- يجب ألا يؤدي خروجها إلى تحقيق الخلطة المنهى عنها شرعا أو الخلوة بأجنبي عنها[3]، فلا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بدعوى منع الزوج لها من ممارسة حقها في العمل لعدم مشروعية الشرط في هذه الحالة[4].

الفرع الثاني

اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها

يعد هذا الشرط من الشروط التي هي محل خلاف بين الفقهاء الذين انقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول:

يرى جمهور فقهاء الحنابلة والملكية والشافعية والحنفية عدم صحة هذا الشرط وعدم وجوب الوفاه به، فيبطل هذا الشرط ويبقر العقد صحيحا، بينما ذهب الظاهرية إلى القول بأن هذا الشرط حرام يؤدي إلى بطلان العقد.

الرأي الثاني:

وذهب بعض الحنابلة إلى جواز شرط الزوجة على زوجها بألا يتزوج عليها، ومن ثم يلزم الزوج بالوفاء به ، وإذا لم يف به كان لها فسخ عقد الزواج[5].

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة ، وهو نفس ما اتجه إليه الإمام ابن تيمية في سؤال له حول إمكانية إلزام الزوج بالوفاء بهذا الشرط ، وإذا أخل به، فهل يحق للزوجة الفسخ أم لا ؟

لقد أجاب الإمام ابن تيمية بأن يصح هذا الشرط وما في معناه في مذهب الإمام أحمد وغيره من الصحابة والتابعين وتابعيهم كعمر بن الخطاب وعمرو بن العاص وضي الله عنهما، وشريح القاضي، والأوزاعي، وإسحاق، ومذهب مالك، فإذا شرط أنه إذا تزوج عليها أو تسرى أن يكون أمرها بيدها ونحو ذلك صح هذا الشرط أيضا وملكت الفرقة به[6]

ويعتبر هذا الشرط من الشروط التي أصبحت معتبرة من الناحية القانونية، إذ نص عليه المشرع في المادة 19من قانون الأسرة، كما نص القانون المغربي في المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه للمرأة الحق في أن تشترط في عقد النكاح ألا يتزوج عليها زوجها، وأنه في هذه الحالة يمنع التزوج عليها، أما القانون التونسي فلا يجيز الزواج بأكثر من واحدة، ومن ثم لا يجوز اشتراط هذا الشرط لأن

---

1 علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه ومجه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 74.

2 محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، مرجع سابق، ص 53.

3 علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 75.

4 عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية،2004، ص 180.

5 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 510-511.

6 ابن تيمية ، أحكام الزواج، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص 180.

التعدد غير مباح أصلا.

ويثير هذا الشرط جدلا كبيرا نظرا لارتباطه بمبدأ هام أقرته الشريعة الإسلامية وهو مبدأ تعدد الزوجات، غير أن التعارض الموجود بين هذا الشرط والمادة 19 من قانون الأسرة التي تسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة هو تعارض ظاهري فقط، لأن كلمة (يسمح) تعني أنه مباح وليس واجبا يقابله حق من الحقوق، وبالتالي يمكن الاتفاق على مخالفته بتنازل الزوج عن حقه الذي لا يبطل المبدأ من أصله، بل يبقى التعدد مباحا[1].

وفي رأينا أن عدم الأخذ بهذا الشرط ومنح الزوجة الحق في طلب التطليق للضرر لا يمنع من وقوع الآثار السلبية المترتبة على الطلاق من تفكك الأسرة وتشريد الأطفال، لذا يمكن تجنب هذه الآثار السلبية قبل حدوثها من خلال إعطاء الحق للزوجة في أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها استنادا إلى نص المادة19الذي يعد بمثابة حل وقائي.

وعلى هذا الأساس فإن هذا الشرط لا يتعارض مع مبدأ تعدد الزوجات، ذلك أن الأصل لكل امرأة الحق في الاستئثار بزوجها وسلب جزء من هذا الحق للصالح العام الجماعي يجب أن يكون في أضيق الحدود[2]، إضافة إلى أن الاتفاق على هذا الشرط أمر جوازي ومتروك لإرادة الزوجين، فإذا قبل الزوج بهذا الشرط يجب عليه الوفاء به، لكن إذا أراد التخلص منه، فما عليه سوى إقناع زوجته بالتنازل عنه.

الفرع الثالث

اشتراط الزوجة على زوجها إسكانها في بيت مستقل

من حقوق الزوجة على زوجها وجوب أن يوفر لها المسكن الملائم لقوله تعالى: «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ»[3] ، فإذا كانت السكنى واجبة للمعتدة فمن باب أولى تكون لمن هي لا تزال في عصمته[4]، ومن حقها أيضا أن تمتنع عن السكن مع أقاربه كأبويه في دار واحدة لما فيه من الضرر عليها باطلاعهم على حالها[5]، وقد نص المشرع على هذا الحق في المادة 78 من قانون الأسرة في الفصل المتعلق بالنفقة، حيث جعل هذه الأخيرة تشمل السكن أو أجرته.

وقد اختلف الفقهاء بشأن المقصود بالسكن المنفرد، فذهب المالكية إلى أن الزوجة يمكنها أن تمتنع عن السكن مع أقاربه كأبويه في دار واحدة لأنها قد تتضرر من اطلاعهم على حالها، ولا يجوز له أن يجمع بينها وبين ضرتها، كما صنفرا النساء إلى درجات فميزوا بين المرأة الفنية التي لا يجوز للزوج أن يسكنها مع أهله وبين المرأة الفقيرة التي ليس لها أن تمتنع عن العيش مع والديه[6].

في حين ذهب الحنابلة إلى أنه من حق الزوجة أن تنفرد بمسكن مع زوجها لس فيه أحد من أهله، لأن وجودهم يمنع الاستمتاع بينهما على الوجه المرغوب فيه، كما أنه لا يجوز له أن يجمع بين زوجتيه في مسكن واحد دون رضاهما ، سواء كان المنزل كبيرا أم صغيرا، نظرا للعداوة والغيرة الموجودة بينهما وما ينجم عنها من المخاصمة.

بينما ذهب الشافعية إلى أن الزوج ملزم بتوفير مسكن لائق بالزوجة، ولا يشترط أن يكون هذا المسكن ملكا للزوج، فيحق له إسكانها في موقوف أو مستأجر أو مستعار.

---

1 سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 37.

2 بدرية عبد الله العوضي، وضعية المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، 1987،عدد 2، ص 467.

3 سورة الطلاق، الآية 6.

4 محمد سمارة، مرجع سابق، ص 254.

5 محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1996، ص 485.

6 حسام علي السلم الشامسي، إشكالات في بعض مناحي مراكز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، 2000، السنة الثالثة، عدد 3 ، ص 133،

وذهب الحنفية إلى أنه يجب على الزوج تهيئة مسكن لائق بالزوجة، ومن حقها أيضا أن تنفرد بمسكن لوحدها مع زوجها ليس فيه أحد من أهله ، إلا إذا رضيت بانتقاص حقها بأن يسكن معهما أحد من أهله، وبالمقابل يجب أن يكون المسكن خاليا من أهلها وولدها من غيره[1].

ومن شروط المسكن أن يكون مشتملا على كل ما يلزم السكن من أثاث وفراش ومرافق، ويراعى في ذلك حالة الزوج المالية ووضعه الاجتماعي كما يجب أن يكون خاصا بالزوجين لا يشاركهما أحد فيه مهما كانت صلته بهما، حتى تأمن الزوجة على نفسها ومالها، وللزوجة أيضا أن تستقل عن ضرتها بالسكن في بيت مستقل، حيث أن سكن الضرائر معا يثير المخاصمة بسبب العداوة والبغضاء الساندة بينهن[2].

ويظهر مما سبق أنه إذا اشترطت الزوجة على زوجها إسكانها في بيت مستقل ورضي بهذا الشرط كان لان ما ووجب عليه الوفاء به، أما إذا لم تشترط ذلك فقد رضيت بانتقاص حقها ، ولكن في أغلب الأحيان لا ينفرد الزوجان عن الوالدين لاسيما إذا كانا يعيشان لوحدهما ولا يوجد من يقوم بخدمتهما، فمن باب الإحسان والمعاشرة بالمعروف إلى الزوج ألا تشترط المرأة مثل هذا الشرط الذي ينطوي على إهانة ضمنية للزوج وأهله ، بالإضافة إلى أزمة السكن التي تعاني منها أغلب الأسر الجزائرية.

وفي هذا الصدد السؤال الذي يطرح نفسه في حالة ما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يسكنها في منزل أبيه، فكانت مدة السكنى منفردة رغم عجزه هو هل يجب عليه أن يوفر لها مسكنا منفردا ؟ وهل لها أن تفسخ النكاح إذا أراد إبطال هذا الشرط ؟

لقد أجاب الإمام ابن تيمية على ذلك بأنه لايجب عليه ما هو عاجز عنه، لاسيما إذا اشترطت الرضا بذلك، بل إذا كان قادرا على مسكن آخر لم يكن عند كثير من أهل العلم غير ما شرط لها، فكيف إذا كان عاجزا ؟ وليس لها أن تفسخ النكاح عند هؤلاء وإن كان قادرا[3].

وذهب القضاء إلى الاعتراف بحق الزوجة في السكن المنفرد حتى ولو لم تتمسك به ابتداء، أي لم تشترطه عند إبرام عقد الزواج، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي:(متى كان من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ)[4] ، كما يحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج[5].

كما اعتبرت المحكمة العليا أن رفض الزوجة الرجوع إلى بيت الزوجية بسبب عدم توفير الزوج لها سكنا مستقلا عن أهله لا يعد نشوزا من قبلها، حيث جاء في قرار لها ما يلي:(من المستقر عليه قضاء أن للزوجة الحق في سكن مستقل عن أهل الزوج .

والثابت- في قضية الحال- أن الزوج لم يوفر لزوجته سكنا مستقلا عن أهله مما جعلها ترفض الرجوع إلى بيت الزوجية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون)[6].

كما ذهبت المحكمة العليا إلى أن السكن المستقل لا يعني المعاش المستقل عن أهل الزوج[7]، وأقرت أيضا أن للزوجة الحق في

---

1 نفس المرجع السابق، ص 136-137.

2 محمد سمارة، نفس المرجع، ص 254.

3 ابن تيمية، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 183.

4 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 38331، قرار بتاريخ 04\11\1985، المجلة القضائية، 1989، عدد1، ص101.

5 قرار بتاريخ 12\04\2006، السابق ذكره في ص 17.

6 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 213669، قرار بتاريخ 06\02\1999، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، 2001، عدد خاص، ص101.

7 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189339، قرار بتاريخ 19\05\1998، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، 2001، عدد خاص، ص216.

السكن المنفرد إذا طلبته في حالة تضررها وجعل عدم امتثال الزوج لهذا الطلب يعد نشوزا من قبله[1].

الفرع الرابع

اشتراط الزوجة على زوجها دفع نفقة شهرية إذا طلقها

لقد جعل الشارع الطلاق بيد الرجل لما يتصف به من تفكير وتدبير وتقدير العواقب، على خلاف المرأة التي قلما تتحلى بهذه الصفات، كما أنها تتميز بانفعالات نغمية تجعلها سريعة الغضب، قوية العاطفة، وسريعة الاندفاع، مما يصعب عليها الموازنة وتقدير تحمل التبعة التي تلزم الزوج في حالة الطلاق من نفقة العدة ونفقة الأولاد ومسكن الحضانة، فكل هذه الالتزامات تجل الرجل قبل الإقدام على الطلاق التفكير في هذه التبعات، وهذا في حالة ما إذا كان الطلاق لا ينطوي على غبن وإجحاف في حق الزوجة[2].

أما إذا كان ثمة تعسف في استعمال الزوج لحقه في الطلاق، فحق الزوجة مضمون في طلب التعويض بموجب نص المادة 52 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: (إذا تبين للقاضي تعمق الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر الملحق بها)، كما رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثرا يهدف إلى تخفيف الضرر عن المطلقة، وذلك عن طريق التعويض الذي تفرضه على الزوج وهو ما يسمى بالمتعة ، وهذا ما جاء في قوله تعالى: «وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ)[3].

ويشمل هذا التعويض نفقة العدة ونفقة الإهمال ونفقه المتعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي وإن كان القضاة يدرجون نفقة المتعة ضمن التعويض القانوني[4]، وينبغي عند الحكم بالتعويض تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل هذه التعويضات، ويجب أن يراعى في التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جماعة الضرر الذي أصاب المطلقة، وكذا ارتفاع الأسعار وتغيرها، وهي من الأمور المتروكة لتقدير قاضي الموضوع الذي لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين[5].

إن تعويض الطلاق في هاته الحالة يعد تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق، إذ أوجب المشرع أن يكون الطلاق مبرزا، بالنظر لما يترتب عليه من فك الرابطة الزوجية، فإذا لم يكن مبرزا يعد تعسفا في استعمال الحق، والذي يشكل خطئا من جانب الزوج، فطبقا لنص المادة 124 من القانون المدني إذا تضررت الزوجة سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، فهذا الضرر لابد من جبره، وهذا بإلزام من تسبب فيه – الزوج- بالتعويض[6].

وإذا كان من الثابت أن تعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها في حالة الطلاق التعسفي من المبادئ الأساسية في قانون الأسرة، فالسؤال الذي يطرح نفسه هل يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق دفع نفقة شهرية لمدة سنة أو أكثر كتعويض إذا طلقها بغير سبب ضمانا لحقوقها ؟

لقد اختلف الفقهاء حول حكم هذا الشرط على قولين:

القول الأول: ذهب أصحاب هذا الاتجاه، إلى أن الزوج لا يكون مسؤولا عن تعويض زوجته عن الطلاق حتى ولو وافق على هذا الشرط عند إبرام عقد الزواج أو بعده، لأن ذلك يؤدي إلى حرمانه من استعمال حقه في الطلاق الذي يعتبر من النظام العام.

---

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189226، قرار بتاريخ 21\04\1998، نفس المجلة، ص 144.

2 فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، 1996، الجزء 34، رقم 4، ص 632.

3 سورة البقرة ، الآية 241.

4 عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلد ونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 197.

5 بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 363.

6 لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02، دار الخلد ونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008 ، ص 57.

القول الثاني: بينما ذهب أصحاب هذا الاتجاه، إلى القول بأن الزوج مسؤول عن تعويض زوجته إذا طلقها بغير سبب، خاصة إذا وافق على هذا الشرط في عقد الزواج[1].

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه القول الثاني، لأن اشتراط الزوجة على زوجها دفع راتب شهري على سبيل التعويض إذا طلقها ثلاثا تعسفيا هو شرط صحيح وموافق لمقتضى نص المادة 52 السالفة الذكر، كما أنه يساهم في ضمان المرأة لحقها في التعويض.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي لا نجد أي قرار تطرق لهذا الشرط، وإن كانت المحكمة العليا قد ذهبت في قرار لها إلى تقرير حق الزوجة في البقاء في المكان الزوجي بعد الطلاق تنفيذا لبنود عقد الزواج، وتتلخص حيثيات هذا القرار فيما يلي:(لكن حيث أنه يستخلص من دراسة عقد الزواج المبرم بين الطرفين أمام الموثق أن المطعون ضدها اشترطت على الطاعن حق البقاء في السكن الزوجي في حالة خلاف بينهما أو في حالة الطلاق وأن المطعون ضدها لا تغادر السكن إلا في حالة إعادة زواجها ومادام الطاعن وقد وافق على هذا الشرط فعقد الزواج يعد شريعة بين الطرفين، وبالإضافة إلى ذلك فالحق في البقاء في السكن لصالح الزوجة يعتبر وصية بمنفعة لمدة غير محددة وهذا الحق يعد عمري في الشريعة، أما الحكم على الطاعن بتوفير لمطلقته سكنا آخرا في حالة تعذره توفير السكن مضمون عقد الزواج لا يعتبر انحرافا لهذا العقد، بل مكنة معطاة للطاعن كونه دفع أمام المجلس بأن بقاء مطلقته معه في نفس السكن غير معقول ، مما يجعل الوجه غير مؤسس)[2] .

ولتفادي هذا الوضع لابد من تحديد مدة معينة يتحمل فيها الزوج المسؤولية اتجاه الزوجة بسبب الطلاق التعسفي فيحكم لها القاضي بتعويض يغطي نفقة سنة على الأقل يدفع لها جملة أو بالتقسيط حسب حال الزوج [3]، وهذا ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري[4] التي تنص:(إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤوس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال).

الفرع الخامس

اشتراط الزوجة أن تكون العصمة بيدها

العصمة الزوجية هي ملك للزوج كأصل عام على أساس أن القوامة تكون للرجال دون النساء لقوله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ)[5] ، واستثناء يجوز إسنادها للزوجة بالاتفاق أو التطوع أو الاشتراط في العقد في ثلاث صور هي محل إجماع فقهي وهي التوكيل، التمليك، التخييري فإذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج أن تكون العصمة بيدها وقبل الزوج بهذا الشرط، فهل يحق لها أن تطلق نفسها متى شاءت ؟

لقد اختلف الفقهاء حول صحة هذا الشرط وانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول:

يرى الحنابلة أن النكاح صحيح والشرط صحيح، لأنهم يجيزون الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج في إطلاقه، وهو ما ذهب

---

1 رشدي شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 361-362.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 253111، قرار بتاريخ 17\10\2000، المجلة القضائية، 2003، عدد 2، ص 278.

3 الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلد ونية للنشر والتوزيع ، الجزائري، الطبعة الأولى، 2008، ص 187.

4 مرسوم تشريعي رقم 59، المؤرخ في 17\09\1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

5 سورة النساء، الآية 34.

إليه الحنفية، غير أنهم قيدوا اشتراط هذا الشرط من قبل المرأة بأن يكون بالصيغة الصحيحة، فتقول المرأة في إيجابها ، زوجتك نفسي على أن يكون أمري بيدي أطلق نفسي متى شئت، فيقول الرجل في قبوله، قبلت، اعتبر النكاح صحيحا والشرط صحيحا أيضا.

الرأي الثاني:

يرى المالكية والشافعية أن النكاح صحيح والشرط باطل، لأنهم لا يجيزون الشروط التي لا يقتضها العقد في إطلاقه[1]، والرأي الراجح هو ما ذهب إليه كل من فقهاء الحنابلة والحنفية بصحة الشرط الذى تشترطه المرأة على زوجها بأن تكون العصمة بيدها فر صورة توكيل من الزوج ، أو تمليك نفسها ، أو تخييرها بين الفرقة والبقاء.

فالتوكيل هو أن يوكل الرجل المرأة على طلاقها، فلها أن تطلق نفسها من طلقة واحدة فأكثر، كما يمكن له أن يعزلها إذا لم تفعل ذلك[2]، أما التمليك هو أن يملك الرجل المرأة أمر نفسها ولا يمكنه عزلها.

كما هو الحال في التوكيل، لأنه ملكها الطلاق[3]، وللزوجة أن تفعل ما ملك إليها من طلقة واحدة فأكثر، وقبولها للتمليك يكون بالقول كأن توقع الطلاق بلفظها، أو بالفعل بأن تقوم بما يدل على الفراق كنقل أثاثها، فالتمليك هو ناقل للعصمة كلها للزوجة فلا تبقى بيد الزوج مثلما هو الشأن في التوكيل، في حين أن التخيير هو أن يخير الزوج زوجته بين البقاء معه أو الفراق، فلها أن تفعل متى أرادت ذلك[4]، فإذا اختارت الفراق كان طلاقها بالثلاث[5].

ونجد أن القضاء لم يتعرض في تاريخ اجتهاده لمسألة من هذه المسا نل، ويبرر ذلك بأن عقد الزواج يبرم إما أمام ضابط الحالة المدنية الذي حتما لن يقبل إبرام أي عقد زواج جعت فيه العصمة بيد المرأة لنقص تكوينه وجهله بأحكام الشريعة الإسلامية ء وإما أن يبرم أمام الموثق الذي قد يسمح له تكوينه القانوني وخبرته المهنية باعتباره ضابطا عموميا بقبول توثيق شرط كون العصمة الزوجية بيد المرأة.

المطلب الثالث

الشروط المالية في عقد الزواج

سنخصص هذا المطلب لدراسة الشروط المتعلقة بالجوانب المالية في عقد الزواج، والتي تتمثل في اشتراط الزوج على زوجته المساهمة في الإنفاق على الأسرة في (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) نتناول فيه اتفاق الزوجين حول نظام الأموال المكتسبة بينهما.

الفرع الأول

اشتراط الزوج عل زجته المساهمة في النفقة

إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها باعتبارها حكما من أحكام عقد الزواج الصحيح وحقا من حقوقها الثابتة على زوجها

---

1 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، مرجع سابق، ص 82-83-84.

2 عبد القادر بن داود، الطلاق بإرادة الزوجة حال ما تكون العصمة بيدها ومشكلة النشوز بين غموض القانون واختلاف الاجتهاد القضائي، مجلة الحضارة الإسلامية، 2004، عدد 9، ص 214.

3 الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع،بيروت، الطبعة الثانية، 1998،ص 180.

4 عبد القادر بن داودى، الطلاق بإرادة الزوجة حال ما تكون العصمة بيدها ومشكلة النشوز بين غموض القانون واختلاف الاجتهاد القضائي، مرجع سابق،ص 217-218.

5 الكساني، نفس المرجع السابق، ص 192.

بمقتضى العقد[1]، والتي تشمل الطعام والكسوة والسكنى، سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة، غنية أم فقيرة، وذلك منذ إبرام العقد بينهما، كما أن نفقة الزوجة على زوجها ثابتة سواء كان موسرا أو فقيرا[2]، وتقدر بحسب حاله التي هو عليها[3]، وذلك في قوله تعالى: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ)[4].

لقد أجمع أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم إجبار الزوجة على الإنفاق على زوجها، كما تكاد تجمع أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية على عدم إجبار الزوجة على المساهمة في تحمل نفقات الأسرة حتى ولو كانت غنية، أو وافق الزوج على السماح لها بممارسة عملها، ماعدا القانون التونسي الذي ألزم الزوجة بالمساهمة في الإنفاق إذا كانت تملك المال أو ذات دخل، وهذا ما نص عليه الفصل23(فقرة 4) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية[5]:(وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال)، كما نصت المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية على أنه:(إذا عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب).

في حين نجد أن قانون الأسرة وبالضبط المادة 74منه تلقي على عاتق الزوج واجب الإنفاق على زوجته، كما أقرت المادة 37 (فقرة 1) من نفس القانون بمبدأ انفصال ذمم الزوجين، بمعنى أن لكل زوج ذمة مالية مستقلة عن الآخر ، كما اعتبرت المادة331 من قانون العقوبات[6] امتناع الزوج عمدا عن دفع النفقة لزوجته أو أحد أصوله أو فروعه جريمة يعاقب عليها القانون، وذلك بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من50.000 دج إلى 300.00 دج .

وانطلاقا من هذه، النصوص القانونية لا يجوز للزوج أن يلزم زوجته بالمساهمة في الإنفاق على البيت الزوجي، غير أن هناك من يطالب بضرورة إلزام الزوجة بالمساهمة في النفقة خاصة إذا كانت تمارس عملا مأجورا أو مهنة.

ويمكن القول أن الزوجة التي تحترف مهنة معينة والتي اشترط عليها زوجها عند إبرام عقد الزواج أن تساهم معه في النفقة، فإذا وافقت على هذا الشرط، فمن باب الإحسان للزوج أن تفي به، وهذا لعموم الآية الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط، كما أنه ليس في اشتراط الزوج لهذا الشرط مقابل تنازله عن حقه في الاحتباس تحليل حرام ولا تحريم خطل، مادام أن الاحتباس حقه الشرعي جاز له إسقاطه، والنفقة حق للزوجة جاز لها أيضا إسقاطها.

بالإضافة إلى أن الأوضاع الاقتصادية المزرية التي تعيشها العديد من الأسر الجزائرية، قد تدفع بالزوجة العاملة إلى مساعدة زوجها في الإنفاق على الأسرة وتخفيف العبء الملقى على عاتقه، وبهذا يكون التفاهم بين الزوجين والتعاون على استمرار رابطتهما الزوجية، وتكون المودة والمعاشرة بالمعروف عاملا في استقرارها واستمرارها، أما إذا رفضت الزوجة المساهمة في تحمل نفقات الأسرة وتركها زوجها يعاني لوحده، فإن ذلك قد يؤدى إلى وقوع عواقب وخيمة تصل إلى حد فك الرابطة الزوجية.

الفرع الثاني

اتفاق الزوجين حول نظام الأموال المكتسبة بينهما

لقد أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجة عن الذمة المالية للزوج، فهذا الأخير مطالب بالنفقة على

---

1 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للطبع والنشر، الطبعة الثالثة، بدون سنة، ص 243.

2 بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 170.

3 محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 486.

4 سورة البقرة ، الآية 233.

5 الفصل 23منقح بالقانون عدد 74لسنة 1993، المؤرخ في 12\07\1993، من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المؤرخة في 13\08\1956.

6 قانون رقم06-23، المؤرخ في 20\09\2006، المتضمن قانون العقوبات.

زوجته حتى ولو كانت غنية، كما أنه لا يجوز له إجبارها على الإنفاق من مالها الخاص سواء ورثت هذا المال عن أبيها، أو كان عبارة عن صداق قدمه لها عند إبرام عقد الزواج، وبالتالي يكون لها مطلق الحرية في التصرف في مالها الخاص، فلها أن تتصدق به كله أو جزء منه فقط أو أن توصي به أو تهبه للغير[1].

واستثناء من مبدأ الاستقلالية المالية للزوجة، فقد أورد المالكية قيدا على حريتها في التصرف في أموالها، وهذا بالنسبة للهبة التي يجب ألا تتجاوز ثلث أموال المرأة، وأيضا الكفالة لمصلحة الغير، فيستطيع الزوج أن يمنع هذا التصرف، غير أن التقييد من حرية المرأة في التصرف في أموالها يفقد قيمته، مادام أنه يجوز لها أن تقوم بهذه، التصرفات بعد الحصول على إذن من الزوج، إذ أن الهدف من هذا الإذن هو حماية الزوجة حتى لا تقع في الغبن بسبب ضعفها ونقص خبرتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى لا يضيع حق الزوج كوارث في حالة هبة الزوجة كل أموالها، فلا يبقى له نصيب من الإرث، لأنه بوفاتها تتأكد هذه، التصرفات[2].

وعلى خلاف الشريعة الإسلامية نجد أن عقد الزواج في التشريعات اللاتينية التي تأخذ بالنظام المشترك يتبع أو يقترن بعقد مالي ينظم كل الجوانب المالية للزوجين، حيث تكون الزوجة مسؤولة عن المساهمة في تحمل تكاليف المعيشة وتربية الأولاد وتحمل ديون الزوج[3].

وقد نصت المادة 37 من قانون الأسرة على أنه:(لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما)، والتي تقابلها المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه:(لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها. ..).

لم يعقد كل من المشرع الجزائري والمغربي برأي المالكية وأبقيا على القاعدة الأصل وهي استقلال الذمة المالية ، فأباحت المادة37السالفة الذكر للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لدى الموثق على ما يملكه كل واحد منهما من الأموال المكتبة بعد الزواج على سيل الاشتراك ، وتحديد السب التي تؤول إلى كل واحد منهما ، وهذا يعني أنه في حالة عدم وجود اتفاق ، فالعبرة تكون باستقلال الذمة المالية[4].

وما تجدر الإشارة إليه أنه رغم أخذ المشرع بمبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين، إلا أن الحياة المشتركة بينهما تفرض على كل واحد منهما وضع كل موارده المادية من أجل رعاية مصلحة الأسرة، وهذا يدل على وجود اتحاد فعلي أو واقعي لذمم الزوجين على الرغم من الانفصال النظري ، لأنه من الصعب التعبير عن الحياة الزوجية المشتركة التي تقوم على المودة والتعاون دون مساهمة كل من الزوجين بموارده المالية ، وإن كان الأصل أن النظام الساند في الإسلام يقوم على أن للزوجة مطلق الحرية في التصرف في مالها الخاص، في حين تبقى أموال الزوج ذات طبيعة مشتركة، لذا يجب عليه الإنفاق على الأسرة لوحده وليس له إجبار الزوجة على ذلك[5].

وبالرجوع إلى نص المادة73من قانون الأسرة التي وضع من خلاها المشرع قاعدة هامة لحل النزاع بين الزوجين حول متاع البيت ، والتي مفادها أنه في حالة انعدام الدليل أو البينة لأحد الزوجين على متاع البيت، فالعبرة تكون بقول الزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، ويكون القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، أما المشتركات بينهما فيقسمانها مع اليمين.

---

1 الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 161 .

2 هجيرة دنوني ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، 1994، عدد 2، ص 161-162.

3 يوسف مسعودي ، مرجع سابق ، ص 137.

4 عبد القادر بن داودى، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 117.

5 هجيرة دنوني ، مرجع سابق، ص 157.

ويمكن القول أنه رغم وجود هذه القاعدة التي تساعد في حل النزاع بين الزوجين في حالة غياب الدليل، إلا أنه من شأن وجود اتفاقات مسبقة بين الزوجين حول نظام الأموال المكتسبة بينهما يحول دون وقوع نزاعات حول هذه الأموال في المستقبل.

وفي الأخير لما كانت الشروط المقترنة بعقد الزواج متنوعة في هذا العصر التي لا تدخل تحت حصر ولا تقف عند حد، لذلك تطرقنا إلى بعض صور الشروط المشروعة التي تحقق منفعة للزوجين أو لأحدهما دون الشروط غير المشروعة التي سنتناولها في الفصل الثاني، كما أنه توجد شروط صحيحة أخرى يكمن إدراجها في عقد الزوج، كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو لا ينقلها من دارها، أو تشترط عليه تقديم كفيل بالنفقة أو المهر، أو يشترط الزوج عليها ألا تسافر وحدها أو لا تمارس عملا وظيفيا إلا بإذنه ، إلى غير ذلك من الشروط.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة كلى عدو الوفاء بالشرط

بعد أن تعرفنا على موقف المشرع من حرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج، الذي يرى أن الأصل في الاشتراط الإباحة والإطلاق، أما الاستثناء فهو التقييد والحظر، يتضح لنا من نص المادة 19 من قانون الأسرة أن المشرع قد أغفل حالة عدم الوفاء بالشروط التي يتفق عليها الزوجان في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، فما هو المصير الذي يلقاه عقد الزواج ؟ وكيف تتم المطالبة بالوفاء بهذه الشروط ؟

لا شك أن كيفية إثبات الشروط عند الاقتضاء يكون بكافة وسائل الإثبات، لأن القانون لم يشترط صراحة كتابة هذه الشروط في وثيقة عقد الزواج بشكل إلزامي فإثباتها إذن يخضع للقواعد العامة في الإثبات، كما يحق للطرف المتضرر بسبب مخالفة الشرط المطالبة بالفسخ أو الطلاق بحسب الأحوال، فطبقا لنص المادة 53(فقرة 9) من قانون الأسرة التي تنص على أنه:(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

9 . مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج)، زيادة إلى حقها في المطالبة بالتعويض إذا أصابها ضرر مادي أو معنوي بسبب عدم وفاء الزوج بالشرط[1]، كما لو اشترطت عليه ألا يتزوج عليها ورغم ذلك تزوج مخالفا لهذا الشرط، أو اشترطت عليه مواصلة العمل ولم يتركها تعمل بعد الزواج.

وكان على المشرع في التعديل الأخير للمادة 19 أن يتطرق أولا تطبيقا للقواعد العامة إلى كل من كيفية المطالبة بتنفيذ الشرط أو الإخبار على تنفيذه ، وكذا تعديل الشرط أو إبطاله في حالة تعذر تنفيذه، ثم يتطرق إلى حق الطرف المتضرر في الفسخ أو الطلاق بحسب الأحوال إذا لم يتم الوفاء بالشرط مع إمكانية التعويض[2].

لقد منح الحنابلة للزوجة حق فسخ عقد الزواج في حالة عدم وفاء الزوج بالشرط ، وسارت على نفس النهج جل التشريعات العربية التي لم تتعرض إلى إمكانية إجبار المدين بالشرط على تنفيذه في حالة الإخلال به، وإنما كرست الحق في الفسخ من حيث المبدأ، ومع ذلك يجب ألا يتساهل القاضي في الحكم بالفسخ ولا يلجأ إليه، إلا بعد استنفاذ كل الوسائل الممكنة لإجبار الملتزم بالشرط على الوفاء به، كما أنه لا يلجأ إليه إلا إذا كانت هناك أساب جدية وعلى درجة كبيرة من الأهمية ما كان للزوجة أن ترضى بإبرام عقد الزواج لولا قبول الزوج بهذا الشرط.

وكما هو معلوم أن عقد الزواج رباط مقدس وميثاق غليظ لا يكون من الحكمة التساهل والتراخي في فسخه بشروط متفاوتة وغير منطقية، وإنما الحكمة تكون في الإبقاء على العقد قائما كلما كان ذلك ممكنا، وعليه يتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ، حيث نبين في (المبحث الأول) إمكانية المطالبة بالوفاء بشرط أمام القضاء، أما (المبحث الثاني) ندرس فيه سلطة القاضي في تعديل أو نقض عقد الزواج ، بينما (المبحث الثالث) نخصصه لدراسة جزاء عدم الوفاء بالشرط.

---

1 الرشيد بن شويخ ، مرجع سابق، ص 137.

2 نفس المرجع، ص 137.

المبحث الأول

إمكانية المطالبة بالوفاء بالشرط أمام القضاء

من المعروف أن عقد الزواج يقوم أساسا على الإرادة، كما أن الزوجين لا يلتزمان إلا بإرادتيهما الحرتين، فكل ما يرتضيه الملتزم دين في ذمته يكون صحيحا ومنتجا لجميع آثاره، ومنه يكون مصدر إنشاء آثار عقد الزواج هو إرادة الزوجين، وبالتالي فكل ما يرتضيه الزوج أو الزوجة من أحكام في صورة شروط اقترنت بعقد الزواج، أو شروط وردت في عقد رسي لاحق يكون صحيحا ويجب الوفاء به[1].

فإذا أخل أحد طرفي عقد الزواج بالشرط المتفق عليه، يحق للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء للمطالبة إما بالوفاء بالشرط وإما بالتفريق بينهما مع التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم الوفاء بالشرط، فالقاضي بحكم السلطة التقديرية التي يتمتع بها عندما يطرح النزاع أمامه يقوم بفحص تواجد الشرط في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق، كما يبحث أيضا في مشروعيته.

وعليه ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، حيث تنطرق في (المطلب الأول) إلى مراقبة القاضي تواجد الشرط في العقد، ثم تنعرض في (المطلب الثاني) إلى مراقبة القاضي صحة الشرط ، أما (المطلب الثالث) نبين فيه سلطة القاضي في الإجبار على تنفيذ الشرط.

المطلب الأول

مراقبة القاضي تواجد الشرط في العقد

قد يحصل الاتفاق على الشرط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، فإذا تم توثيق هذا الشرط في العقد بحسب الأحوال فلا يكون هناك إشكال ، حيث يسهل على القاضي الرجوع إلى وثيقة عقد الزواج أو العقد الرسمي الاحق ليتفحص وجود الشرط من عدمه ، لكن الإشكال يثور في حالة عدم توثيق هذه الشروط ، فكيف يتم إثباتها في حالة التنازع بين الزوجين حولها ، فالمشرع في قانون الأسرة لم يبين وسائل أخرى للإثبات مثل شهادة الشهود والإقرار والنكول عن اليمين، فهل يخضع إثبات الشروط في عقد الزواج لما هو مكتوب أو مدون في العقد فقط ؟ أم أن الإثبات يبقى خاضنا للقواعد العامة ، أي أن كل الوسائل تكون صالحة للإثبات ؟

من هذا المنطق ارتأينا تقسم هذا ا المطلب إلى فرعين ، حيث نبين في (الفرع الأول) إثبات الشرط في حالة تدوينه في العقد ، ثم تنعرض في (الفرع الثاني) إلى إثبات الشرط في حالة عدم تدوينه في العقد.

الفرع الأول

إثبات الشرط في حالة تودينه في العقد

من الضروري توثيق الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو في العقد اللاحق حتى يسهل تقديمها كبينة أمام القضاء في حالة إقامة الدعوى أو في مجلس الصلح في حالة التنازع بين الزوجين حول شرط من الشروط، وهذا ما ذهبت إليه جل قوانين الأحوال الشخصية العربية، حيث تنص المادة 19 من قانون الأسرة على ما يلي :(للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية...)، كما جاء في المادة 37من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما يلي:(إذا اشترط حين العقد شرط نافع لأحد الزوجين، ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعا، وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته...)، وكذلك نصت المادة 5 (فقرة 3) من القانون العماني[2] بأنه:(لا يعتد بأي شرط، إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج) ، كما نصت أيضا المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[3] بأنه:(يجب أن يكون الشرط مسجلا في وثيقة العقد) ، فجاء كل من القانون الأردني والعماني والكويتي أكثر وضوحا في هذه المسألة لأنهم ذكروا التسجيل صراحة.

---

1 صبيحة حمار لمطاعي، مرجع سابق، ص 102.

2 مرسوم سلطاني رقم 32-97، المؤرخ في 04\06\1997، المتضمن قانون الأحوال الشخصية العماني.

3 قانون رقم 51 لسنة 1984، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء لا يعتد بشرط البكارة إلا إذا اشترطه الزوج بشرط صريح وواضح في عقد الزواج ، ومن ثم لا يكون موجبا للطلاق في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا منها القرار الذي جاء في حيثياته ما يلي :(ولكن وحيث أن بكارة الزوجة إذا لم يشترطها الزوج بشرط واضح وصريح في عقد الزواج فإنها لا تكون موجبة للطلاق ولما لم يثبت في قضية الحال اشتراط الزوج بكارة عروسه فإنه يتحمل مسؤولية الطلاق وحده مما يجعل الوجه غير موسس)[1].

ونجد أن المادة 18 من قانون الأسرة تنص على ما يلي:(يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف من هل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون) ، كما تنص المادة 22من نفس القانون على ما يلي:(يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة).

وعليه يمكن القول أن الموظف المؤهل قانونا بتحرير عقد الزواج بكل ما احتواه من شروط ، أو العقد الرسمي اللاحق المتضمن الشرط الاتفاقي، هو إما الموثق التابع للمحكمة أو ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية ، ووظيفة ضابط الحالة المدنية محددة بنص المادة الثالثة من قانون الحالة المدنية[2] وبنص المادتين 72 و 73من نفس القانون، وتتلخص أساسا في تلقي التصريحات بالولادات والوفيات وتحرير عقود الزواج وإثباتها وتدوينها في سجلات الحالة المدنية، بينما وظيفة الموثق محددة بنص المواد 71 و 72و 73 من نفس القانون، وتتلخص في تحرير عقود الزواج ومراعاة البيانات الواجب إدراجها في العقد، مع الإشارة إلى المستندات الواجب الاعتماد عليها في العقد[3].

الفرع الثاني

إثبات الشرط في حالة عدم تدوينه في العقد

قد لا تدون الشروط في عقد الزواج نظرا لوجود الحاجز المعنوي بين الزوجين الذي يحول دون وجود الدليل الكتابي ، ومن هنا يثور مشكل إثبات الشروط في حالة نشوب نزاع بين الزوجين حولها ، خاصة وأن قانون الأسرة لم ينظم هذه المسألة ، بخلاف القانون البحريني[4] الذي أخذ بالبينة والإقرار كوسيلتين لإثبات الشروط في حالة عدم تدوينها في العقد، حيث تنص المادة 05 (فقرة 3) على أنه :(لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد النكاح، أو ثبت بالبينة، أو أقر به الزوجان) ، وعليه فهل يجوز الإثبات بكافة الوسائل في هذه الحالة ؟

وقد ذهب القضاء إلى إلزام الزوجة بالإقامة حيث يقيم زوجها بسبب عجزها عن تقديم البينة على اشتراطها الإقامة بفرنسا في قرار للمحكمة العليا جاء في حيثياته ما يلي:(وحيث أن للطاعنة الحق في اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية، عند أو أثناء أو بعد إبرام عقد الزواج بينهما وتقيم البينة على ذلك.

وحيث أن في دعوى الحال الطاعنة تدعي وأنها اشترطت على المطعون ضده أن يكون مقر الزوجية (بفرنسا) غير أنها عجزت عن تقديم البينة على ذلك – خاصة وأن الطاعن ينكر ادعاءها – وتمسك بالحق الشرعي والقانوني والمتمثل في وجوب إقامة الزوجة حيث يقيم الزوج.

ولما قضى قضاة الموضوع بإلزام الزوجة بالإقامة حيث يقيم زوجها فإن قضائهم غير مشوب بالقصور وانعدام الأساس القانوني بل جاء متطابقا وأحكام قانون الأسرة ومبادئ الشريعة الإسلامية)[5].

---

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 255401، قرار بتاريخ 2001\02\21،غير منشور.

2 قانون الحالة المدنية، الصادر بموجب الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 1970\02\19.

3 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة في الجزائر، مرجع سابق، ص 167.

4 قانون رقم 19 لسنة 2009، المتضمن قانون أحكام الأسرة البحريني.

5قرار بتاريخ 2006\04\12، السابق ذكره في ص 17.

وتتمثل الوسائل التي يمكن بواسطتها إثبات الشروط في حالة انعدام الدليل الكتابي، في شهادة الشهود والإقرار والنكول عن اليمين، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولا: شهادة الشهود .

لما كان عقد الزواج في نظر الشريعة الإسلامية عقد خطير وعظيم ، لأنه تترتب عليه مصالح دينية ودنيوية ، لذلك كان لا بد من الإشهاد عليه وإخراجه من دائرة السر والكتمان إلى دائرة الإعلان ، وفي هذا يقول صلى الله عليه وسلم:(لا نكاح إلا بولي أو شاهدي عدل)، ويجب أن تتوفر في الشهود على عقد الزواج شروط تتعلق بأهليتهم وحريتهم وديانتهم ، وأن يكونوا أهلا لتحمل الشهادة ، كما يجب أن يكونوا ممن يكرم عقد الزواج بحضورهم.

ومن المعروف أن الشروط في عقد الزواج هي جزء منه، بل استمراره متوقف عليها، لذا كان من الواجب أيضا الإشهاد عليها حتى يسهل إثباتها ويستطيع المتعاقد المطالبة بها أمام القضاء في حالة إنكارها من طرف المتعاقد الآخر، لاسيما إذا افتقد للأدلة الرسمية .

غير أن المشرع لم يوضح مسألة شهادة الشهود فيما يخص الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، كما أنه لا توجد قرارات من غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في هذا الموضوع ، لكن بالرجوع إلى نص المادة 336من القانون المدني التي تعتبر استثناء من القاعدة الواردة في المادة 333من نفس القانون التي توجب الإثبات بالكتابة، حيث نصت على ما يلي:(يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة.

– إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وعليه كان من الأفضل الإشارة إلى هذا النص في قانون الأسرة ولو من باب الإحالة ، لأنه يفيد في حل الكثير من النزاعات بين الأزواج حول الشروط الاتفاقية في عقد الزواج .

ونجد أن قرارات المحكمة العليا تأخذ بشهادة الشهود في إثبات الزواج العرفي، وبالتالي تكون صالحة لإثبات الشروط الاتفاقية في عقد الزواج باعتبارها جزء لا يتجزأ من هذا العقد، حيث جاء في قرار لها ما يلي:(من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه وشهادة السماع، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير من مؤسس يستوجب الرفض...)[1] ، كما أن التناقض في الشهادة بإقرار البعض وانكار من البعض الآخر يزيل أثرها ولا تقبل لإثبات واقعة الزواج، وبالتالي إثبات واقعة الشرط ، وهذا ما قررته المحكمة العليا في قرار لها والذي جاء فيه ما يلي:(من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية)[2]

ويشترط في الشهود ما يلي:

1–العقل: يجب أن يكون الشاهد عاقلا، فلا تصح شهادة المجنون أو المعتوه لعدم إدراكهم الجيد للأمور .

2– البلوغ: فلا تصح شهادة الصبي ولو كان مميزا، لذلك يجب أن يكون الشاهد بالغا راشدا وكامل الأهلية.

3– الحرمة: ذهب الحنفية والشافعية إلى ضرورة أن يكون الشاهد حرا، فلا تصح شهادة العبد، بينما يرى الحنابلة صحة شهادة العبد لعدم وجود دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع بنفي شهادته.

4 –التعدد: لا يصح الزواج إلا بحضور الشهود، ونصاب الشهادة في عقد الزواج إما رجلين أو رجل وامرأتين[3].

5– السماع: وهذا يعني سماع الشاهد لكلام المتعاقدين وفهمه، أما لو سمع أحد الشاهدين كلام الموجب وسمع الآخر كلام

---

1 المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 48184، قرار بتاريخ 1988\02\29، المجلة القضائية، 1991، عدد1، ص 49.

2 المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 58788، قرار بتاريخ 1990\03\19، المجلة القضائية، 1991، عدد1، ص 59.

3 ممدوح عزمي البكري، الزواج العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، بدون سنة، ص 23.

القابل فلا يصح العقد[1]، أي لابد من سماع صيغة العقد بالكامل إيجابا وقبولا.

6-الإسلام: فيجب أن يكون الشاهدان مسلمين حتى يصح عقد الزواج، فلا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم، لأن الشهادة تعتبر نوعا من الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم[2].

فالشاهدان يجب أن يشهدا بوضوح على حدوث واقعة معينة كثبوت الزواج، أو الشرط المتفق عليه في عقد الزواج ذاكرين المكان والتاريخ الذي تمت به الواقعة، كما أن الإشهاد يعتبر شرطا من شروط انعقاد الزواج وذلك طبقا لنص المادة 9مكرر من قانون الأسرة[3]، وكأصل عام لا تجوز الشهادة بشيء لم يراه أو يعاينه الشاهد، إلا أن الشهادة بالتسامح يسمح بها في عدة مسائل منها ثبوت الزوجية، وبالتالي ثبوت الشرط، كما أنه يجب ألا يكون الشاهد من أصول أو فروع المشهود له ماعدا في قضايا الزواج والطلاق.

إن المادة 51 (فقرة أولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] تلزم القاضي عندما يقرع سماع الشهود أن يحدد الوقائع المراد سماع الشهود من أجلها، كما يجب عليه أن يحدد يوم السماع وساعته، وتبقى للقاضي سلطة تقديرية في مراعاة الظروف المحيطة بكل قضية، أي يأخذ بعين الاعتبار ظروف الأطراف والقضية من حيث الزمان والمكان والوقائع، أما (الفقرة الثانية) من نفس المادة فقد قررت أنه يتعين على القاضي أن يدعوا الخصوم لحضور الجلسة المحددة بمعية شهودهم في ذات التاريخ المحدد في الحكم لسماعهم.

ثانيا: الإقرار:

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ أو ما في حكمه[5]، وهو اعتراف المدعى عليه بما ينسبه إليه خصمه ، أي أنه بإقرار المدعى عليه يعفو المدعي من الإثبات فيحسم النزاع ، أما الإقرار في القانون المدني فقد عرفته المادة 341 بانه:(الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة)، فالإقرار بهذا المعنى لا يتضمن إنشاء لحق جديد لدى المقر وإنما هو نزول عن حقه في المطالبة بإثبات الواقعة من طرف الخصم الذي يدعيها.

لقد نص المشرع على الإقرار كوسيلة من وسائل إثبات النسب في كل من المادتين 44و45 من قانون الأسرة ، حيث نصت الأولى على أنه:(يثبت النسب بالإقرار بالبنوة ، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة)، كما نصت الثانية على أن:(الإقرار بالنسب في غير البنوة ، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه).

فالإقرار هو حجة قاصرة على المقر بما أقره لا تتعداه إلى من يتعدى إليه الحكم بالبينة ، بل لابد من إثبات جديد[6]، غير أن المحكمة العليا اعتبرت أن الإقرار بالزواج العرفي أمام الموثق إبراما لعقد زواج أمام موثق وحجة تجاه الغير[7]، ولا يكفي الإقرار وحده لإثبات واقعة الزواج أو الشرط، بل يجب أن يتوفر العقد على الشروط الواردة في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة ، وعليه فإذا أقر أحد الزوجين بواقعة الشرط كان إقراره هذا دليلا كافيا لإثباته أمام القضاء، دون حاجة إلى دليل آخر إعمالا للقاعدة القانونية :"الاعتراف سيد الأدلة "، ولكي يصح الإقرار لابد من توافر شروط في المقر والمقر له ، وأخرى في المقر به وفي صيغة الإقرار.

1. الشروط الوا جب توافرها في المقر:

- أن يكون المقر عاقلا بالغا، فلا يصح إقرار المجنون أو المعتوه أو الصبي غير المميز.

---

1 محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 63.

2 ممدوح عزمي البكري، نفس المرجع، ص 24.

3 دليلة معزوز، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 131.

4 قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25\02\2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5 ممدوح عزمي البكري، مرجع سابق ، ص 57.

6 محمد أبو زهرة، الأحول الشخصية، مرجع سابق، ص 298.

7 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 492298، قرار بتاريخ 08\04\2009، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 2، ص 301.

– أن يكون الإقرار صادرا عن إرادة حرة لا إكراه فيه من شخص يقظ في صحو تام، فلا يجوز إقرار السكران

– أن يكون المقر جازا غير هازل وألا يكون محجورا عليه لسفه أو غفلة[1].

2. الشروط الواجب توافرها في المقر له

– أن يكون المقر له معلوما ومحددا تحديدا كافيا

– أن تصدق المرأة الرجل في إقراه، في حالة ما إذا كان هو المقر والعكس بالعكس.

3. الشروط الواجب توافرها في المقر به:

المقر به هنا هو الشرط المتفق عليه بين الزوجين، فيجب أن يكون الشرط من ضمن الشروط الصحيحة التي سيتم التطرق إليها في المطلب الثاني

4. الشروط الواجب توافرها في صيغة الإقرار:

– يجب أن تكون صيغة الإقرار منجزة غير معلقة على شرط.

– أن تكون الصيغة مثبتة للحق المقر به .

– أن تكون صيغة الإقرار صادرة أمام القضاء[2].

ثالثا: النكول عن اليمين

النكول عن اليمين عند أبي حنيفة هو بذل ، فلا توجه اليمين في دعاوى الزواج، لأن المدعى عليه إن نكل كان نكوله بذلا ، والبذل لا يجرى في الزواج وأشباهه ، أما عند الصاحبين هو إقرار، فتوجه اليمين في الزواج لأن النكول عندهما إقرار لا بذل[3].

والنكول عن اليمين هو امتناع عن أدائها وهو وسيلة لإثبات واقعة الزواج، وتنقسم اليمين إلى قسمين هما: اليمين الحاسمة واليمين المتممة، فالأولى هي التي يوجهها المدعي الذي أعوزه الدليل إلى خصمه، فإذا حلف المدعى عليه خسر المدعي الدعوى وفي حالة العكس يربحها، لذلك سميت باليمين الحاسمة لأنها تحسم النزاع، أما يمين الاستيفاء أو المتممة هي التي يوجهها القاضي إلى أحد الخصوم لتدعيم اعتقاده، أي أن القاضي يستوفي بها ما نقصه في الإثبات ، وقد أخذت المحكمة العليا باليمين لإتمام البينة الناقصة ، وذلك لإثبات واقعة الزواج في قرار لها جاء فيه ما يلي :(يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة)[4].

واليمين الحاسمة يمكن أن توجه لكلا الخصمين، وهذا ما جاءت به المادة 349 من القانون المدني التي تنص على أنه:(يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك. ..).

ففي حالة رفع دعوى ثبوت واقعة الشرط ولم يقر المدعى عليه (الزوج أو الزوجة) بهاته الواقعة، ولم يتمكن المدعي (الزوج أو الزوجة) من إثباتها بالبينة، يجوز له أن يطلب من القضاء إلزام المدعى عليه بأداء اليمين، فإذا حلف المدعى عليه بانتفاء الشرط قضي برفض الدعوى، أما إذا نكل عن اليمين حكم للمدعي في دعواه بثبوت الشرط[5].

أما عن صيغة اليمين لم ترد أي إشارة إليها في مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة باليمين، ومن ثم تكون بالعبارة الآتية (أحلف بالله العظيم)، ولابد أن تكون واضحة وأثناء الجلسة وفي أي حالة كانت عليها الدعوى[6] ، لأن اليمين مرتبطة بعنصر

---

1 ممدوح عن مي البكري، مرجع سابق ، ص 57.

2 نفس المرجع، ص 58.

3 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 288.

4 المحكمة العلياء غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 424799، قرار بتاريخ 13\02\2008، مجلة المحكمة العلياء 2008، عدد 2، ص 307.

5 دليلة معزوز، مرجع سابق، ص 131.

6 لم يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصيغة التي تنص بها اليمين، بخلاف القانون القديم الذي نص عليها في المادة 434 منه .

الإيمان والمعتقد، وأن فئة المسلمين في الجزائي تتمثل أغلبية المجتمع ، لذا فهذه الصيغة مشروطة إذا كان المدعى عليه مسلما ، وإن كان عكس ذلك فإنه يؤدي اليمين بصيغة الأوضاع المقررة في بلاده.

مما سبق يتضح لنا أن تدوين الشروط أو توثيقها أمر كادت أن تجمع عليه قوانين الأحوال الشخصية العربية، كما أن إقامة دعوى مخالفة الشروط لا تسمع أمام القضاء إلا عند تقديم وثائق رسمية ، ولعل ما ذهبت إليه القوانين في ذلك هو أمر يحقق المصلحة العامة ويتماشى مع مقتضيات فساد العصر، لذلك فإن استبعاد الشهود في هذه المسألة الحساسة أمر منطقي، لأن الاشتراط مسألة يكتنفها الغموض ، فنجد أن تثبيت شرط ما يأخذ كثيرا من الأخذ والرد والزيادة والنقصان بين المتعاقدين، الشيء الذي يمنع استقرار شهادة الشهود على أمر معين، وبالتالي لا ينفع في هذه، الحالة إلا توثيق الشروط في وثيقة رسمية أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية.

المطلب الثاني

مراقبة القاضي صحة الشروط

في ظل غياب نص صريح سواء في قانون الأسرة أو قانون الحالة المدنية يمنح الموظف المختص بإبرام عقد الزواج سلطة فحص ومراقبة الشروط المقترنة بهذا العقد، ولكن رغم ذلك يبقى على عاتق كل من الموثق وضابط الحالة المدنية سلطة مراقبة الشروط التي يشترطها الزوجان، وضابطهما في ذلك هو عدم تعارض هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة.

غير أن مراقبة صحة هذه الشروط تتطلب من الموظف المؤهل قانونا بتحرير عقد الزواج أن يكون على دراية وإطلاع كاف بأحكام قانون الأسرة، وقادرا على التمييز بين ما يمكن اعتباره مخالفا للقانون أم لا، حتى يستطيع قبول هذا الشرط وتحرير عقد الزواج ، أو رفضه وبالتالي رفض تحرير هذا العقد[1]، وكل ذلك يساهم في استقرار المعا مطت والقضاء على النزاعات في مهدها، ومنه تجنب وصولها إلى القضاء.

وفي الحقيقة أنه من الصعب على الموثقين وضابط الحالة المدنية أن يقدروا على التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة، نظرا لكون أن المستوى التكويني والثقافي لأغلبهم لا يسمح لهم بمعرفة ذلك ، ولا يمكنهم من التمييز بين الشرط الجان والشرط غير الجان الذي يشترطه الزوجان أو أحدهما في عقد الزواج ، وبالتالي عند فحصهم لهذه الشروط قد يرتكبون أخطاء التي ينجم عنها مشاكل كثيرة لأنفسهم وللمواطنين[2].

ويمكن القول أن القانون لم يمنح سلطة فحص الشروط في عقد الزواج لكل من الموثق وضابط الحالة المدنية عن قصد منه، ذلك لصعوبة تقسيم هذه الشروط عند الفقهاء من جهة، ومن جهة أخرى عدم إمكانية حصرها في هذا العصر، حيث أصبح الناس يتفننون في ابتكارها ، ولتجنب كل ذلك فعلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يقوم بتسجيل الشرط في العقد، ويترك الأمر للقضاء في حالة نشوب نزاع بين الزوجين لفحص مدى صحة هذا الشرط من عدمها، ومن هذا المنطلق ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نبين في (الفرع الأول) الشروط الصحيحة في الفقه والقانون، ثم تنعرض في (الفرع الثاني) للشروط الباطلة في الفقه والقانون أيضا.

الفرع الأول

الشروط الصحيحة

ستناول في هذا الفرع دراسة الشروط الصحيحة في الفقه الإسلامي (أولا) ، ثم في قانون الأصرة (ثانيه).

أولا : في الفقه الإسلامي

1. عند الحنفية:

الشروط الصحيحة التي يجوز اقترانها بعقد الزواج عند الأحناف أربعة وهي:

---

1 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 178.

2 عبد العزيز سعدى الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 179.

1.1. شروط يقتضيها العقد:

كأن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يحسن معاشرتها، أو يشترط الزوج أن تدخل في طاعته وألا تخرج من بيته إلا بإذنه، فهذه شروط تكون ثابتة بمقتضى العقد سواء اشترطها أحدهما أو لم يشترطها[1]

2.1. شروط تؤكد مقتضى العقد:

وهي شروط يستوثق بها صاحبها للحصول على أثر من آثار العقد، كأن تشترط الزوجة أن يكون والد الزوج كفيلا بالمهر أو بالنفقة[2]، فالنفقة والمهر من آثار عقد الزوج ويترتبان عليه بأمر الشارع، فالمقصود من الشرط إذن التوثيق من الحصول على مقتضى العقد[3]

1. 3. شروط يجيزها الشرع.

كأن تشترط الزوجة أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت، أو يشترط الزوج أن يكون له الحق في طلاق زوجته

1 .4. شروط يجري بها العرف.

كأن تشترط الزوجة تعجيل نصف المهر إذا جرى بذلك العرف[4].

وحكم هذه الشروط أنه يجب الوفاء بها، وإذا لم يوف بها ليس للمشترط الحق في فسخ عقد الزواج ، ذلك أن فوات الشرط وإن نتج عنه فوات رضا المشترط، إلا أنه لا يؤثر في العقد، لأن الرضا عند الحنفية ليس شرطا في صحة العقد، فقد صححوا زواج المكره رغم تخلف رضاه بهذا الزواج[5].

2 . عند المالكية:

يقسم المالكية الشروط الصحيحة في عقد الزواج إلى شروط غير مكروهة وشروط مكروهة وهي:

2 .1. الشروط الصحيحة غير المكروهة.

هي الشروط التي يقتضيها عقد الزواج، أي تتضمن حكم من أحكامه أو تكون أثرا له، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يكسوها أو يبيت عندها، أو يشترط عليها أن تطيعه أو لا تخرج من منزل الزوجية إلا بإذنه[6]، وهي شروط يعمل بها ولو لم تشترط في العقد وليس اشتراطها إلا تأكيدا لها، فوجودها كعدمه.

2.2. الشروط الصحيحة المكروهة:

هي الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه وفيها مصلحة للمتعاقد، فهذا النوع من الشروط كما يقول الشاطبي هو مكمل لحكمة المشروط وعاضد له، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال، وهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما[7].

ومن أمثلة الشروط التي تحقق مصلحة أحد المتعاقدين في عقد الزواج وهي مما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها أو لا يتنسى عليها أو لا يخرجها من بلدها، وحكم هذه الشروط أنها صحيحة ولا يفسخ الزواج قبل ولا بعد الدخول، ولا

---

1 محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار المعرفة الجامعية، 2005، ص 126.

2 رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، ص 190.

3 محمود سمير عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 26.

4 أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 190.

5 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية ،1977، ص 155.

6 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص 60.

7 أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 121.

يلزم الوفاء بها لما فيها من التحجير والتضييق وإنما يستحب ذلك[1]، وهذا ما لم يكن الزوج قد التزم تلك الشروط بيمين، فتلزمه تلك اليمين سواء علق يمينه بطلاق أو عتاق أو غيره من اليمين التي تلزم[2].

3 . عند الشافعية

فالشرط الصحيح عند الشافعية هو الذي يوافق مقتضى عقد الزواج ، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يوفيها صداقها أو أن يقسم لها مع نسائه ، أو يشترط عليها أن يسافر بها، أو أن يتزوج عليها أو أن يطلقها إن شاء[3].

4 . عند الحنابلة .

إن الشرط الصحيح هو ما كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ما لم يكن مخلا بالمقصود الأصلي من العقد، أو ورد من الشارع نهي بخصوصه سواء كان موافقا لما يقتضيه العقد أم لا، كاشتراط المرأة أن ينفق عليها أو يحسن معاشرتها أو لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها، أو اشتراطه أن تكون بكرا أو جميلة[4]، وحكم هذا الشرط هو وجوب الوفاء به، فإذا لم يوف به يثبت لشارطه حق الفسخ ، لأن المشترط لم يرض بالعقد إلا باعتبار الشرط ، فإذا انتفى الشرط فات الرضا، وهو أمر لابد منه في حالتي الابتداء والبقاء عند الحنابلة[5].

ثانيا: في قانون الأسرة

تنص المادة 19من قانون الأسرة على أنه:(للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)، وتنص المادة 32من نفس القانون على أنه:(يبطل الزواج ، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد)، كما تنص المادة 35 من نفس القانون على أنه: إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا).

فمن خلال دراسة هذه النصوص القانونية يمكن القول أن المشرح يقسم الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى قسمين شروط صحيحة وشروط باطلة، كما أن العبارة الواردة في المادة 19 السالفة الذكر (كل الشروط...ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون) تدل على الشروط الصحيحة التي يجب ألا تخالف شرع الله ، ذلك أن أحكام قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية.

فالشروط الصحيحة في عقد الزواج هي التي لا تنافي نظامه الشرعية ولا تخالف مقاصده، ولا تتضمن ما هو محظور شرعا، سواء كانت مما يقتضيه العقد أو مؤكدة له أو ورد الشرع بجوازها أو جرى العرف بها، زيادة على ذلك هي كل الشروط التي فيها مصلحة غير محظورة للزوجين ولا تمس بحقوق الغير ولا تقيد حرية الزوج في أعماله المشروعة[6].

ويلاحظ أن المادة 19 لم تحدد المعايير التي يمكن بواسطتها التمييز بين الشروط المشروعة التي يجوز إدراجها في عقد الزواج والشروط غير المشروعة التي لا يجوز اشتراطها، كما أنها أشارت إلى نوعين من الشروط فقط وهما شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة بالنظر إلى أهميتهما واعتقادا من المشرح بأنهما أساس كل خلاف عائلي وسبب كل علاقة زوجية فاشلة[7]، كما يمكن أن نضيف لهما الشرط الذي يتفق بموجبه الزوجان حول نظام الأموال المكتسبة بينهما بعد الزواج المنصوص عليه في المادة37 من قانون الأسرة.

---

1 الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، 2002، ص 521.

2 أحمد شامي، نفس المرجع، ص 121.

3 محمد سمارة، مرجع سابق، ص 131.

4 محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 156.

5 محمود سمير عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 127. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 99.

6 صبيحة حمار لمطاعي، مرجع سابق، ص 104.

7 باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 52 .

إن قانون الأسرة لا يتضحن كل القواعد التي تحكم الأحوال الشخصية بل البعض منها فقط، لذلك أحال المشرع البعض الآخر إلى مقتضى أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدرا احتياطيا من مصادر القانون[1] ، وهذا ما ذهبت إليه المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:(كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

وعليه إذا طرح النزاع أمام القاضي وكان موضوع هذا النزاع ينطبق عليه نص من نصوص قانون الأسرة، مثلا شرط العمل أو شرط عدم تعدد الزوجات ، فيجب على القاضي أن يطبق نص المادة 19 ولا يجتهد برأيه لأنه لا اجتهاد مع وجود النص، أما في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم ذلك النزاع ، فعلى القاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون تقييده بمذهب معين ويبحث في كتب الفقه لإيجاد حل مناسب يطبقه على القضية المعروضة أمامه.

وعلى هذا الأساس ونظرا لتعدد الشروط التي يصعب حصرها نص المشرع على الشروط السالفة الذكر من باب التمثيل فقط وترك المجال مفتوحا للعرف والعادة ، ومن الشروط التي يكمن الأخذ بها اشتراط الزوجة على زوجها أن يقيم معها في منزل أسرتها، أو عدم الإنجاب خلال فترة معينة، أو تشترط الخلو من العيوب المعلومة كبعض الأمراض المنفرة، أو اشتراط الزوج أن تكون المرأة جميلة أو بكرا أو متعلمة وغيرها من الشروط

وبصفة عامة يمكن القول أن كل شرط يتضحن منفعة لأحد الزوجين وليس فيه منعا للزوج الآخر من حق منحه إياه المشرع بمقتضى عقد الزواج أو بمقتضى أحكام قانون الأسرة، هو شرط صحيح يجب الوفاء به ولو لم يكن من مقتضى العقد أو مؤكدا له، مادام أنه لا يتنافى مع عقد الزواج أو يتناقض مع أحكام قانون الأسرة، إذ يتقيد عقد الزواج بهذا الشرط، لذا يجب على المشترط عليه الوفاء به، وإلا ثبت للمشترط الحق في فسخ عقد الزواج .

الفرع الثاني

الشروط الباطلة

سنتطرق في هذا الفرع إلى الشروط الباطلة في الفقه الإسلامي (أولا) ثم في قانون الأسرة (ثانيا)

أولا . في الفقه الإسلامي

1.عند الحنفية

الشرط الباطل هو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به نص ولم يجر به عرف، وإن كان فيه مصلحة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما[2]، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها أو أن يطلق ضرتها، أو يشترط الزوج ألا يدفع لها مهرا أو لا ينفق عليها، وحكم هذه الشروط هو البطلان ، فلا يجب الوفاء بها بمعنى تلغى وحدها ويبقى العقد صحيحا[3].

2.عند المالكية

فالشرط الباطل عند فقهاء المالكية هو الشرط الذي يناقض مقتضى العقد[4]، كاشتراط الرجل على المرأة ألا يقسم لها أو لا ينفق عليها أو لا يكسوها أو لا إرث بينهما أو لا يأتيها إلا ليلا، أو تشترط عليه أن ينفق على ولدها من غيره أو أن يكون أمرها بيدها متى شاءت، فكل هذه الشروط لا يجوز اشتراطها في عقد النكاح، فيفسخ قبل الدخول ولا شيء للمرأة ويثبت النكاح بعده بصداق مثلها من النساء، أما الشرط يبطل ولا يعمل به[5].

---

1 المادة 1\2 من القانون المدني التي تنص: ((وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...)).

2 زكي الدين شعبان، الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، 1955، العددان 1و2، السنة 25، مطبعة جامعة القاهرة، ص345.

3 محمود سمير عبد الفتاح ،مرجع سابق، ص 124.

4 أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 61.

5 الصادق عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص 521.

3 . عند الشافعة

فالشرط الباطل هو ذلك الشرط الذي يخالف مقتضى العقد ولا يخل بمقصوده الأصلي، كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها، أو يشترط عليها ألا نفقة لها، كما يشمل الشرط الباطل أيضا الشرط الذي يخالف مقتضى العقد ويخل بمقصوده الأصلي، كاشتراط المرأة ألا يطأها أو لا يطأها إلا مرة واحدة في السنة أو ليلا أو نهارا، فحكم النوع الأول الذي يخالف مقتضى العقد هو بطن الشرط فقط مع بقاء العقد صحيحا، أما حكم النوع الثاني الذي يخالف مقتضى العقد ويخل بمقصوده الأصلي هو بطلان العقد والشرط معا[1].

4 . عند الحنابله.

وينقسم الشرط الباطل عند فقهاء الحنابلة إلى قسمين هما:

4.1. الشرط الباطل الذي لا يبطل معه عقد الزواج.

هو ذلك الشرط الذي ورد من الشارع النهي عنه، أو كان منافيا لمقتضى العقد ولا يخل بالمقصود منه ، كاشتراطه ألا ينجبا أولادا أو لا ينفق عليها أو تنفق عليه ، أو اشتراطها ألا يطأها أو تخرج من البيت في أي وقت تشاء، فمثل هذه الشروط منافية لمقتضى العقد، أما الشرط الذي ورد النهي عنه هو شرط تطليق الضرة في قولة صلى الله عليه وسلم:(لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها، لتستفرغ صفحتها، فإن لها ما قدر لها)[2] ، فحكم هذه الشروط أنها تلغى ولا يلزم الوفاء بها ويبقى العقد صحيحا[3].

2.4. الشرط الباطل الذي يبطل معه عقد الزواج.

ويندرج تحت هذا الشرط شرط تأقيت الزواج ، نكاح المتعة ، نكاح المحلل ، نكاح الشغار ، وشرط الخيار ، فهذا النوع من الشروط يبطل به عقد الزواج[4].

فالزواج المؤقت صورته أن يقول رجل لامرأة أتزوجك شهرا أو سنة سواء قصر الوقت أو طال ، أما المتعة كأن يقول الرجل للمرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال[5]، بينما الزواج المحلل هو أن يتزوج الرجل بالمرأة المطلقة ثلاثا بعد انقضاء عدتها ثم يطلقها ليحلها لزوجها الأول[6]، في حين أن نكاح الشغار هو أن يزوج الرجل موليته على أن يزوجه الآخر موليته، ليكون بضع كل من المرأتين مهرا للأخرى سواء كانت المولية بنتا أو أختا أو غيرهما، وصورته أن يقول رجل لآخر زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ليكون بضع كل منهما مهرا للأخرى[7].

أما خيار الشرط فلا يرد على عقد الزواج، لأن من مقتضى خيار الشرط تأخير أحكام العقد حتى تنتهي المدة إما بإمضاء العقد أو فسخه، في حين أن عقد الزواج عقد لازم بطبعه تترتب آثاره بمجرد وجود العبارة الدالة على إنشائه[8].

ثانيا في قانون الأسرة

يقصد بالشروط الباطلة الشروط التي لا توافق مقتضى عقد الزواج ، بحيث تناقضه وتخالف أحكامه الأساسية، كما أنها لا

---

1 محمد سمارة، مرجع سابق، ص 131-132.

2 البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثالث، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، ص 1997،ص 1659.

3 أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 98-99.

4 محمد سمارة، مرجع سابق، ص 135.

5 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، ص 51-52.

6 السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني والثلاثون، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الشرعية 20، 1997، ص134.

7 محمد زيد الأبياني، نفس المرجع، ص 53.

8 محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،1996، الجزء 34، رقم4، ص 741.

تلائمه ولم يجر بها عرف بين الناس ، وقد نص عليها المشرع بموجب المادتين 32و 35من قانون الأسرة ، فالأولى رتبت البطلان على الزواج المشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، ويندرج تحت هذا الشرط شرط تأقيت النكاح ، أو شرط الخيار الذي يمنح للزوجين أو أحدهما حق العدول عن العقد بعد مدة معينة ، أو اقترن الزواج بشرط تحليل الزوجة لمطلقها ثلاثا، أو لمجرد الاستمتاع بها، أو اقترن بشرط أن يكون بضع المرأة صداقا للأخرى، ويضاف إلى جملة هذه الشروط التي تتعارض مع مقتضى العقد وتخل بمقصوده الأصلي اشتراط أحد الزوجين عدم الإنجاب[1]، فكل هذه الشروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح.

أما الثانية فقد رتبت بطلان الشرط فقط مع بقاء العقد قائما وصحيحا، كأن تشترط الزوجة على زوجها الخروج متى شاءت أو ألا يطلقها أبدا أو أن يطلق ضرتها، أو يشترط الزوج عليها ألا مهر لها أو لا ينفق عليها، أو يشترط عليها شرطا يقيد حريتها كأن يتصرف في مالها الخاص الذي تكسبه من وظيفتها، فمثل هذه الشروط تكون لاغيه لا يصح الوفاء بها

وهذا الاتجاه الذي أخذ به المشرع يوافق ما ذهب إليه المذهب الحنبلي بخصوص حكم الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج ، حيث ميز بين حالتين:

ففي الحالة الأولى رتب بطلان العقد والشرط معا لأن هذا الأخير يكون مخلا بمقصود النكاح ، أما في الحالة الثانية رتب بطلان الشرط فقط مع بقاء العقد صحيحا وقائما ، لأن الشرط لا يخل بالمقصود الأصلي للنكاح[2].

والجدير بالذكر أن عقد الزواج إذا اقترن بشرط باطل فهو لا يتأثر بذلك الشرط، حيث يبطل وحده أما العقد فيظل قائما وصحيحا منتجا لجميع آثاره ، وهذا ما توصل إليه الاجتهاد القضائي، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: «من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكرامة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية.

ولما كان من الثابت– في قضية الحال– أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج – بالعرف– بتعهده بالبقاء بزوجته في العاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه...)[3]

ونجد قرارا آخرا للمحكمة العليا يتناقض مع القرار الأول تماما وهو القرار الذي جاء فيه ما يلي :(حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط ألا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة.

الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج ، استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصرار، على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج ، مما يترتب عليه فك العصمة ، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديد)[4]

يمكن القول أن موقف القضاء من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه يتميز بالتناقض، فتارة يعتبر هذه الشروط مكروهة وغير ملزمة متأثرا في ذلك برأي المالكية ، وتارة أخرى يعتبرها شروطا صحيحة وملزمة.

إن القرار الأخير هو الذي يتوافق مع ضوابط وأحكام الشريعة الإسلامية وما ذهب إليه قانون الأسرة في تنظيمه لأحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج، بالاستناد إلى المذهب الحنبلي الذي يرى أن الشروط الصحيحة هي التي لم يرد نهي عنها من الشارع ولا تتنافى مع دين الله وشرعه وليس فيها ما هو محظور، وما عدا ذلك فهي شروط باطلة يجب ألا تقترن بعقد الزواج مطلقا، كما انتهت إليه أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية

---

1 شمس الدين، مرجع سابق، ص136.

2 عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، 1997، ص 182.

3 قرار بتاريخ 20\06\1988، السابق ذكره في ص41.

4 المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 03\03\1971، نشرة القضاة، 1972، عدد 2، ص 39.

فذهب القانون الأردني في المادة 37منه إلى أنه:(إذا اشترط حين العقد شرطا نافع لأحد الزوجين، ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعا، وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته...)، وأيضا القانون السوري في المادة 14 (فقرة 2) منه التي تنص على أنه :(وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعمه الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما كما تنص المادة48(فقرة أولى) من مدونة الأسرة المغربية على أنه:(الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين).

مما سبق وانطلاقا من هذه النصوص القانونية وكذا المواد 19و32 و35 من قانون الأسرة يتأكد لنا اتجاه أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية نحو الأخذ بالمذهب الحنبلي الذي يعتبر أوسع المذاهب الفقهية تصحيحا للشروط في عقد الزواج، التي من شأنها تحقيق مقاصد الزوجين المتجددة بتغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، إلا ما كان منها يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث

سلطة القاضي في الإجبار على تنفيذ الشرط

يتمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وفق الشروط التي يتضمنها، وبعبارة أخرى أن يتحلى المتعاقدان في تنفيذ التزاماتهما بحسن النية، وهذا ما أكدته المادة 107 (فقرة أولى) من القانون المدني التي تنص على أنه:(يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية) ، فالمتعاقدان ملزمان بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون تمييز بين ما هو مهم وبين ما هو دون ذلك، فهم مقيدون بشروط الواردة في العقد بصفة عاهة وفي عقد الزواج بصفة خاصة ، ويعتبر الامتناع عن تنفيذ بعضها بمثابة عدم تنفيذ للعقد[1]، ففي هذه الحالة يتدخل القاضي بما له من سلطة في إلزام المتعاقد على تنفيذ الشرط المتفق عليه في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، وعليه سيتم التعرض في (الفرع الأول) إلى تنفيذ الشرط بحسن نية، ثم نبين في (الفرع الثاني) حالات لزوم الشروط في عقد الزواج.

الفرع الأول

تنفيذ الشرط بحسن نية

يتخذ تنفيذ الالتزام بحسن نية مظهرا خاصا في بعض العقود ، ويتضمن هذا المظهر التزاما بالتعاون المستمر بين طرفيها أثناء التنفيذ، فمن المنطقي أن يتكفل كل متعاقد بتهيئة كل الظروف التي تساعد في إتمام عملية التنفيذ بالطريقة التي تقتضيها مبادئ حسن النية، فكل من الدائن والمدين مطالبان طبقا لهذه، المقتضيات بإزالة كل ما يعترض التنفيذ أو يعيق إتمامه، لأن الالتزام لم يعد ينظر إليه على أنه حق لأحد الطرفين وواجب على الطرف الآخر فقط ، وإنما هو عبارة عن علاقات متبادلة معقدة توجب على طرفي العقد التعاون في سبيل الوصول إلى تحقيقه، وبالتالي يترتب على عاتق كل منهما حقوق وواجبات[2].

كما تقتضي حسن النية نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وبإخلاص، ويراد بالنزاهة امتناع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا، ويتم تقدير نزاهة المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهما بالرجوع إلى سلوك الرجل العادي[3].

فإذا كان القانون يفترض حسن النية في تنفيذ العقود المالية ، فعقد الزواج هو الأولى بهذا الافتراض ، لأن العلاقة الزوجية تقوم على أسامر الثقة المتبادلة والمفترضة بين الزوجين، ولاشك أن التزام أحد المتعاقدين بتهيئة كل الظروف التي تساهم في تنفيذ الشرط الذي اشترطه عليه المتعاقد الآخر من دون غش أو تدليس، يعمل على استمرار هذه العلاقة والإخلال به يؤدي إلى زعزعة هذه الثقة ، وبالتالي فك الرابطة الزوجية بينهما.

---

1 علي فيلالي، الالتزامات –النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر،2008، ص 364.

2 عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 96.

3 علي فيلالي، نفس المرجع ، ص 369.

ويمكن القول أن الالتزام مهما كان نوعه عقدا أم شرطا في عقد، يجب تنفيذ، والاستمرار فيه وعدم نقضه أو تعديله ، كما أن القاضي له سلطة إلزام المتعاقد على تنفيذ التزامه في حال ما أخل به.

وقد ذهب الفقه الإسلامي إلى أنه في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، وجب إجباره على التنفيذ ، فإن امتنع كان للقاضي اللجوء إلى وسائل الإكراه المختلفة حملا له على التنفيذ كحبسه أو منعه من السفر أو التشهير به، أما إلزامه بمال على سبيل التعويض عما أحدثه من ضرر للدائن بامتناعه عن التنفيذ لا يتمثل في فقد أو تلف مال غير جان شرعا ، لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة مال بمال ، فإن قوبل المال بغير مال كان أكلا له بالباطل[1].

في حين ذهب المشرع إلى أنه في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، يمكن للدائن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإجباره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا، وقد يتعذر التنفيذ العيني، فيكون التنفيذ بمقابل وهو أن يحصل الدائن على مبلغ من النقود يحل محل الأداة الأصلي ليعوضه عن الضرر الذي أصابه نتيجة لعدم التنفيذ، ويكون ذلك عن طريق التعويض[2].

الفرع الثاني

حالة لزوم الشروط في عقد الزواج

إذا انعقد عقد الزواج صحيحا يلزم كل متعاقد بتنفيذ الالتزامات التي رتبها العقد في ذمته، وهو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد، فعلى كل طرف احترام العقد وتنفيذ، كالقانون تماما، ذلك أن الالتزام الذي ينشئه العقد يساوي الالتزام الذي يفرضه القانون ، فلا يجوز لأحد المتعاقدين نقض أو تعديل العقد بإرادته المنفردة ، كما أنه لا يجوز للقاضي المساس بمضمون العقد ولو كانت بعض شروطه غير عادلة في نظره[3]، لأنه ملزم باحترام مقتضيات العقود كما تم الاتفاق عليها دون إضافة أو تغيير أو تعديل ، وهذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني.

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا في ضرورة لزوم العقود:(فكرة اللزوم أساسية وضرورية في العقود ولولاها لفقد العقد أهم مزياه في بناء الأعمال والحياة الاكتسابية، لأن العقد يتكون من إرادتين جازمتين ، مظهرهما الايجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما ، وبمقتضى ذلك أن يتم العقد وينبرم بمجرد الايجاب والقبول دون توقف على فعل آخر، فتثبت آثار العقد، ويصير لازما بمجرد تمامه، فلا يكون لأحدهما أن يرجع في العقد بعد الانعقاد الحاصل من ارتباط الايجاب والقبول)[4].

إن الشروط في عقد الزواج لها قدسيتها الخاصة ، وأن الأمر بالوفاء بها أكثر التزاما من غيرها من الشروط التي تقع في سائر أنواع العقود ، وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم الشروط في عقد الزواج أحق بالوفاء من غيرها في قوله: إن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به المروج).

فيلزم المتعاقد بتنفيذ الشروط الصحيحة المنصوص عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق طبقا لمبدأ حسن النية، فإذا تعهد الزوج لزوجته بأن يوفر لها مسكنا مستقلا عن أهله، ثم شرع في تحويل أمواله أو إخفائها عنها ، فهذا يدل على سوء نيته في تنفيذ شرطها ، وبالتالي يكون للزوجة الحق في مطالبته أمام القضاء بهذا الشرط، فقد يدفع الزوج بعجزه عن تنفيذ التزامه لأنه أصبح مرهقا، ومن ثم إذا تمكنت الزوجة من إقامة البينة على سوء نية زوجها، حكم القاضي عليه بتنفيذ الشرط جبرا.

وقد ألزمت المحكمة العليا الزوج بتوفير سكن مستقل لزوجته في قرار لها جاء فيه ما يلي:(ومتى تبين – في قضية الحال– أن الطاعن يعتبر الزوجة غير طائعة له وخرجت من بيت الزوجية من تلقاء نفسها، رغم أن الطاعة الواجبة على الزوجة لزوجها لا تتنافى مع حقها في السكن المستقل وعليه فإن القضاة بقضائهم بأن رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية يكون بسكن مستقل للزوجة عن أهل

1 عادل جيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 163.

2 راجع المادتين 164 و 176من القانون المدني.

3 علي فيلالي، مرجع سابق ، ص361.

4 مصطفى الزرقا، مرجع سابق ، ص 521.

الزوج طبقوا صحيح القانون)[1].

كما يلزم بتنفيذ الشروط التي تحقق منفعة أو مصلحة حقيقية لأحد الزوجين ، بشرط أن تكون المصلحة مشروعة لا محظورة ولا تمس بحقوق الغير، كشرط تطليق الضرة المنهى عنه شرعا، أو لا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة، كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يشترك في أي عمل سياسي أو نقابي.

إن الشروط التي يلزم الوفاء بها هي الشروط في ذات النكاح الذي اشترطت فيه ، أما إذا طلقت المرأة طلاقا بائنا ، ثم تزوجها ثانية لم تلزم هذه، الشروط في العقد الثاني ، فإذا لم يتم الإشارة إلها مجددا في هذا العقد يبطل حكمها[2].

وذهب الإمام مالك إلى لزوم الوفاء بالشرط في النكاح الجديد إذا تعلق هذا الشرط بالمهر المؤجل في قوله : (من تزوج امرأة على شرط يلزمه ، ثم أنه صالحها أو طلقها تطليقة فانقضت عدتها، ثم تزوجها بعد ذلك بنكاح جديد تلزمه تلك الشروط ما بقي من طلاق ذلك المالك شيء، وإن شرط في نكاحه الثاني أنه إنما ينكح على أن لا يلزمه من تلك الشروط شيء، ذلك لا ينفعه وتلك الشروط له لازمة ما بقي من طلاق ذلك المالك شيء ...)[3].

وفي الأخير نقول أنه لا يمكن إلزام المشترط عليه بالوفاء بالشرط إذا لم تكن له حرية الاختيار في رفض أو قبول هذا الشرط ، وكذلك إذا لم تتوفر لديه القدرة على الوفاء به بسب ظرف طارئ ، كما أنه يجب ألا يتسبب الوفاء بهذا الشرط في إلحاق ضرر أو أذى بالمشترط عليه.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل أو نقض عقد الزواج

لقد سبق القول أن مبدأ سلطان الإرادة يقضي بحرية المتعاقدين في تضمين عقد الزواج بجملة من الشروط التي تزيد أو تنقص من آثاره، كما رأينا أن هذه الشروط تعتبر جزء لا يتجزأ من مضمون العقد الذي اقترنت به، وأن هذه الشروط منها ما هو صحيح يعتد به ومنها ما هو باطل لا يصح اشتراطه، ومن هنا تظهر سلطة القاضي الذي يتدخل في مضمون عقد الزواج ، إما بإلغاء الشرط الباطل فقط مع الإبقاء على العقد قانعا دون إبطاله، أو إبطال العقد كلية ويصبح في حكم المعدوم لا سبيل لتصحيحه إذا كان الشرط الباطل يخل بمقصود العقد[4]، كما تظهر سلطة القاضي أيضا في تعديل الشرط أو الإعفاء منه إذا ما أصبح تنفيذه متعذرا على من التزم به.

وعليه سيتم دراسة دور القاضي في إبطال الشرط وتصحيح عقد الزواج في (المطلب لأول)، ثم يتم التعرض إلى سلطة القاضي في إبطال عقد الزواج في (المطلب الثاني)، وأخيرا نتناول سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط في (المطلب الثالث).

المطلب الأول

دور القاضي في إبطال الشرط وتصحيح عقد الزواج

تنص المادة 35 من قانون الأسرة على أنه :(إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا) ، كما تنص المادة 104 من القانون المدني على أنه :(إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله).

---

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 218754، قرار بتاريخ 16\02\1999، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 222.

2 منصور البهوتي، كشاف القناع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت ،الطبعة الأولى،1997، ص 100 .

3 مالك بن آنس، المدونة الكبرى، المجلد الثاني دار صادر للنشر، بيروت، ص 197-198.

4 فؤاد محمود معوض ، مرجع سابق، ص 357.

من خلال هاتين المادتين يتضح بأن القاضي وهو يمارس دوره في تعديل عقد الزواج بإلغاء الشرط الباطل ، يلجأ إلى ذلك للحد من بطلانه الكلي، فهو نوع من تجزئة العقد المعروف في القوانين الحديثة، أو إنقاص العقد مما شابه من شروط باطلة[1]، وعليه لتوضيح فكرة انقاص العقد ومدى تطبيقها على عقد الزواج يمكن تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، ففي (الفرع الأول) نعطي تعريفا لنظرية إنقاص العقد، أما في (الفرع الثاني) نبين الشروط اللازمة لتطبيق هذه النظرية ، بينما في (الفرع الثالث) نبين الآثار المترتبة على إنقاص الشرط.

الفرع الأول

تعريف انقاض العقد

إن المراد بنظرية إنقاص العقد هو إنقاص شقه الباطل وإبقاء العقد صحيحا بشقه الآخر، وتسمى هذه العملية أيضا بالبطلان الجزئية حيث يبطل جزء من العقد دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحا ومرتبا لكل آثاره[2]، وهذا ما أكدته المادة 35 السالفة الذكر والتي قررت بطلان الشرط فقط مع بقاء عقد الزواج صحيحا وقائما منتجا لجميع آثاره.

ونظرية إنقاص العقد معروفة في الفقه الإسلامي ، وهي تطبق على العقد الباطل والفاسد وحتى على العقد الموقوف ، ولكن المعيار فيها موضوعي[3] ، بخلاف القانون الجزائري الذي يأخذ بالمعيار الذاتي ، لأنه يبحث في نية المتعاقدين ليعرف إذا كانا يريدان أن يتم العقد بغير الشق الذي وقع باطلا أم لا ، فلا يتم إنقاص العقد إذا تبين أنه ما كان ليبرم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فالعبرة إذن تكون بقصد المتعاقدين

الفرع الثاني

شروط إنقاص الشرط المقترن بعقد الزواج

لكي يقوم القاضي بإنقاص الشرط المقترن بعقد الزواج لابد من توافر شرطين هما: أن يكون الشرط باطلا

– أن يكون الشرط أمرا زائدا عن أصل العقد

أولا . بطلان الشرط

لا يعمل بالإنقاص إلا إذا كان العقد باطلا في بند من بنوده أو في جزء منه فقط، ويحصل هذا الوضع إذا تضمن عقد الزواج شرطا أو بعض الشروط غير الصحيحة التي تخالف مقتضى العقد، أو تتناقض مع أحكام قانون الأسرة، كالشرط الذي يقضي بحرمان الزوجة من النفقة أو المهر، وكذلك الشرط الذي يقضي بأن تنفق عليه أو لا ترثه، أو الشرط الذي تشترطه الزوجة بأن يطلق ضرتها[4].

وكمثال عن عقود النكاح التي تتضمن بعض الشروط الباطلة، والتي ظهرت حديثا نكاح المسيار أو ما يسمى زواج فريند، فالمقصود بهذا الزواج هو أن تتنازل المرأة عن السكن والنفقة والقسمة في المبيت أو بعض منها مع رضاها أن يأتي الرجل إلى دارها في أي وقت يشاء من ليل أو نهار[5]، غير أن هذا العقد يتوافر على كل الأركان الأساسية والشروط المنصوص عليها في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة.

فحسب المادة 19 التي تسمح للزوجين وضع شروط اتفاقية في عقد الزواج بشرط ألا تخالف أحكام قانون الأسرة، فإنه لا يجوز للزوجين اشتراط مثل هذه الشروط لمخالفتها أحكام هذا القانون وبالأخص

---

1 فؤاد محمود معوض ، مرجع سابق، ص 440.

2 علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 354.

3 محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص 88.

4 الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2005، ص 46.

5 جيلالي تشوار، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الزوجية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،2007، عدد 2، ص 220.

المواد 8 و 74 و 75 منه ، حيث أوجبت هذه النصوص القانونية على الزوج العدل بين زوجاته في حالة التعدد ، كما يجب عليه الانفاق على زوجته بمجرد الدخول بها وأن يوفر لها مسكنا لائقا بها ، مع ملاحظة أنه من حق الزوجة أن تتنازل عن بعض الحقوق بمحض إرادتها.

ثانيا . الشرط أمر زائد عن أصل العلقة

حتى يمكن للقاضي أن يقوم بعملية إنقاص الشرط لابد أن يكون هذا الأخير قابلا للإنقسام، ويكون كذلك إذا كان من شأن عقد الزواج أن ينعقد صحيحا من دون الشرط الذي يعتبر أمرا زائدا عن أصل العقد

إن المادة 104 السالفة الذكر أضافت شرطا آخرا وهو ألا يكون الشق الباطل هو الدافع للتعاقد، وبعبارة أخرى إذا كان هذا الشق الباطل هو الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد، فلا يجوز إنقاصه ولا ينقص الجزء الباطل من العقد دون الجزء الآخر إلا إذا كان ذلك لا يوثر على رضا المتعاقد في إبرام العقد[1]

وحسب رأينا فإن هذا الشرط لا يمكن الأخذ به في عقد الزواج نظرا لخصوصيته ، إذ لا يكمن أن نطبق قواعد القانون المدني بحذافيره على قضايا الأحوال الشخصية ، ذلك أن قانون الأسرة يعتبر نصا خاصا مقدما على النص المتضمن في القانون المدني هذا من جهة[2]، ومن جهة أخرى فإن الشرط الذي يشترطه أحد الزوجين ويقبل به الزوج الآخر يكون غالبا هو الدافع إلى التعاقد، بمعنى أن هذا الشرط هو الذي حمل الزوج أو الزوجة على إبرام عقد الزواج

الفرع الثالث

أثار إنقاض الشرط

إذا توافرت شروط الإنقاص السالفة الذكر يجب على القاضي أن يقوم بتجزئة عقد الزواج، فيكون الشرط الباطل منعدما كأنه لم يكن ولا يترتب عليه أي أثر، أما بالنسبة للشق الصحيح فإنه يرتب كل آثاره القانونية الأصلية[3]، فالأمر ليس مجرد رخصة للقاضي وإنما هو واجب في نطاق سلطته في تعديل العقود[4].

فإذا اشترط الزوج ألا ينفق على زوجته، يقوم القاضي بإبطال هذا الشرط ويلزم الزوج بالنفقة على زوجته، وكذلك فيما يخص شرط عدم المهر يقوم القاضي أيضا بإبطاله، فيعتبر الشرط كأن لم يكن أي بمثابة عدم ذكر المهر في عقد الزواج، كما يقوم بفرض مهر المثل للزوجة.

ويمكن القول أن المهر يعتبر حكما لازما على وجه الوجوب من الزوج على زوجته، لا يصح الاتفاق على إسقاطه، غير أنه إذا تأكد بالزواج الصحيح، فإنه يصبح حقا خالصا للزوجة تتصرف فيه كما تشاء ولها إبراء زوجها منه، بينما قبل ثبوته حقا للزوجة بالدخول فلا يجوز الاتفاق بين الزوجين على إسقاطه[5] لقوله تعالى: (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً[6]) وقوله تعالى أيضا: (فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[7].

---

1 علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 355-356.

2 بلحاج العربي، تفويت فرصة الزواج، مجلة المحكمة العليا، 2010 ، عدد1، ص 63 ، التعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 372297، قرار بتاريخ 2006\11\15 ، مجلة المحكمة العليا، 2007 ، عدد1 ، ص 487 .

3 علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 357.

4 فؤاد محمود معوض ، مرجع سابق، ص 441.

5 نفس المرجع، ص 372.

6 سورة النساء، الآية 4.

7 سورة النساء، الآية 25.

فإذا اتفق الزوجان على إسقاط المهر كلية، فإنه لا يجوز لهما ذلك لأنه اتفاق غير مشروع باعتبار أن المهر هو حق الشارع ولا يملك أحد إسقاط حق اله، وكذلك إذا اتفق الطرفان على تسمية فاسدة، كأن يكون المهر خمرا أو خنزيرا، فإن ذلك الاتفاق لا يعتد به أيضا.

إن القاضي في هذه الحالة وهو يمارس سلطته في تعديل عقد الزواج بإلغاء الشرط الباطل وتصحيح العقد، يقوم بفرض مهر المثل أ للزوجة، ويراعي في تقدير ذلك ما يدفع لمثيلاتها وقت العقد من أقرانها من أسرة أبيها، طالما تساوت معهن في الصفات المعتبرة كالسن والتعليم والتدين والبكارة والجمال ، فإن لم يوجد من أسرة أبيها أحد اعتد بعض الفقهاء بقرابتها من جهة الأم ، ولكن الراجح عندهم هو قرابتها من العصبات[1].

وخلاصة القول أن مهر المثل يفرضه القاضي فرضا، وأن ما يقوم به في هذا المجال ليس محض استكمال للعقد ولا هو افتراض لعقد بحكم القاضية وإنما هو في الحقيقة تعديل بإضافة عنصر من عناصر عقد الزواج لا يجوز للزوجين الاتفاق على إسقاطه.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في إبطال عقد الزواج

يقوم عقد الزواج على أساس التأبيد واستمرار الحياة الزوجية[2]، حتى تتحقق مقاصده من إحصان الزوجين وجعل كل منهما سكنا للآخر وطلب النسل وتكوين الأسرة، وعليه إذا كان الزواج مشروطا بمدة في العقد محددة أو مجهولة، أو اقترن بشرط تحليل الزوجة لمطلقها ثلاثا، أو لمجرد الاستمتاع بها، أو اقترن بشرط أن يكون بضع المرأة صداقا للأخرى، أو اشتراط عدم الانجاب، فهذه الصور لعقد الزواج لا تحقق مقاصد الشارع الحكيم من هذا العقد، الذي الأصل فيه الاستمرار والدوام وابتغاء النسل.

فمثل هذه الشروط تكون منافية لمقتضى عقد الزواج أو مخلة بمقصوده الأصلي، لذلك فإن البطلان لا يقتصر على الشرط فقط بل يتعدى إلى النكاح فيبطله أيضاه وهذا ما جاءت به المادة 32 من قانون الأسرة التي تنص على أنه :(يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»، كما لو اشترط أحد الزوجين الخيار في النكاح، فإن هذا الشرط باطل يؤدي إلى بطلان عقد الزواج، لأن هذا الأخير يقوم على أساس اللزوم.

غير أن هذا البطن يحتاج إلى تدخل القاضي لتقريره عن طريق الدعوى الرئيسية أو عن طريق الدفع بالبطلان ، فيكون حكمه كاشفا للبطلان وليس منشئا له ، وعليه يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، ففي (الفرع الأول) نبين من له الحق في التمسك ببطلان عقد الزواج ، أما في (الفرع الثاني) ندرس آثار بطلان عقد الزواج.

الفرع الأول

صاحب الحق في التمسك ببطلان عقد الزواج

تنص المادة 102 من القانون المدني على أنه:(إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد).

فحسب هذه المادة يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان عقد الزواج، وكذلك للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما يمكن للنيابة العامة أن تتمسك به أيضا طبقا للمادة 2 مكرر من قانون الأسرة.

أولا: المصلحة قوام التمسك بالبطلان

فالعقد الباطل هو عقد منعدم الوجود، ومادام أن البطلان يتعلق بمصلحة العامة[3]، فمن المنطقي أن يكون لكل ذي مصلحة

---

1 فؤاد محمود معوض ، مرجع سابق، ص 373.

2 الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 46.

3 علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 328.

الحق في أن يتمسك ببطلان عقد الزواج، والمصلحة المعتبرة هي الحق الذي يتلأم بقيام العقد أو بطلانه، وهذا الحق لا يقتصر على الزوجين فقط، بل يشمل الخلف العام أيضا الذي قد تكون له مصلحة في بطلان العقد، ويتم التمسك ببطلان عقد الزواج عن طريق الدعوى الرئيسية أوعن طريق الدفع بالبطلان، وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المجلس أو المحكمة العليا، ويكون الحكم الصادر بتقرير البطلان مقررا لا منشئا له[1].

ثانيا المحكمة

كما يجوز إثارة بطلان عقد الزواج من طرف القاضي من تلقاء نفسه، وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة العليا لأول مرة كجهة نقض، لأن البطلان من النظام العام، وهذا يعني أنه يجوز للقاضي أن يقضي ببطلان العقد ولو لم يطلب منه المتخاصمان ذلك[2].

ثالثا :النيابة العامة

تنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة بأنه:(تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون) ،بالإضافة إلى دورها في المجال الجزائي، فقد أوجب المشرع بموجب هذه المادة أن النيابة العامة تعد طرفا أصليا في جميع القضايا المتعلقة بالأسرة، سواء بصفتها مدعي أو مدعى عليه أو متدخلا أو مدخلا، وتكون لها في هذه الحالة جميع الحقوق والضمانات التي أقرها المشرع لسائر الخصوم، وقد استند المشرع إلى عدة اعتبارات تتعلق بالنيابة العامة كونها تدعي باسم الحق العام وتقوم بحماية الصالح العام وكذا النظام العام، فهي حامية الحقوق والحريات خاصة في مسائل الأسرة ، وعليه يمكن للنيابة العامة بصفتها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة إثارة بطلان عقد الزواج وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

الفرع الثاني

أثار بطلان عقد الزواج

إذا تقرر بطلان العقد بصفة عامة، فإنه يزول كليا ولا يترتب أي أثرى ويعتبر العقد كأنه لم يكن ولم يوجد أصلا، فالواجبات والحقوق التي رتبها العقد أو كان سيرتبها تزول عن آخرها ليس مستقبلا فقط بل من يوم إبرامه أي بأثر رجعي، ولا يستطيع أحد المتعاقدين أن يلزم الآخر بتنفيذه، فإذا قام أحدهما بتنفيذه اختيارا كان له حق الاسترداد، بمعنى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، كما أن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة، لأن هذه الأخيرة لا ترد إلا على عقد له وجود قانوني كالعقد الباطل بطلان نسبيا، إذ يكون له وجود يعتد به القانون إلى أن يتمسك ببطلانه صاحب المصلحة فيه[3].

غير أن البطلان في بعض أنواع العقود قد لا يكون مقبولا كجزاء ، إذ يمكن أن يؤدي إلى إهدار المصالح الاجتماعية ، لذلك نجد أن القوانين الوضعية ترتب بعض الآثار على الزواج الباطل خلافا للقواعد العامة لأنه قد يستحيل إزالة هذه الآثار ، كما قد يستحيل تجاهلها أيضا نظرا لخطورتها على الأطراف خاصة وعلى المجتمع عامة، وفي نفس الوقت لا يمكن إلحاقها بعقد لأنه منعدم الوجود بعد الحكم ببطلانه ، ففي هذه الحالة فإن هذه الآثار تلحق بالعقد الباطل إذا اقترن بالدخول على الزوجة، باعتباره واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا يفيد حل الاستمتاع ووجوب النفقة أو التوارث ، كما تعتبر هذه الآثار عرضية لأن مصدرها القانون وليس العقد ، لذلك يترتب على عقد الزواج الباطل إذا حصل دخول بالزوجة العدة وثبوت النسب و مهر المثل ، كما تجب حرمة المصاهرة[4].

أولا:وجوب العدة.

---

[1] أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 229-230.

[2] علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 329.

[3] أنور طلبة، مرجع سابق ، ص 429.

4 علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 351.

من الآثار المترتبة على الفرقة الحاصلة بين الزوجين بسبب بطلان عقد الزواج وجوب العدة على المرأة إذا تقرر البطلان بعد الدخول[1]، والعدة في الشريعة الإسلامية من النظام العام ، فهي تتعلق بحق الله تعالى فلا يملك أحد إسقاطها ، وهي تبدأ من لحظة تقرير بطلان عقد الزواج ، والركن الأساسي لها هي حرمة الزواج من الغير أو أن تخطب من قبل الغير إلا تعريضا لا تصريحا [2]، وتكون كالتالي:

-إذا كانت المرأة من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة قروء.

-إذا لم تكن من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة أشهر.

-إذا كانت المرأة حاملا فعدتها وضع حملها.

- لا تجب عدة الوفاة في هذه الحالة لعدم وجود زوجية تحزن عليها المرأة ولا زوجا تعلن الحداد عليه[3]، فلا تكون عدتها أربعة أشهر وعشرا، وإنما تكون بثلاثة قروى إن كانت ممن يحضن، وبثلاثة أشهر إن كانت ممن لا يحضن[4].

ثانيا: وجوب مهر المثل

فعقد الزواج الباطل باعتباره واقعة مادية ينتج عنه وجوب مهر المثل للزوجة، وهو مهر امرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها، كأختها أو عمتها أو بنت أخيها، ويشترط في مهر المثل تساوي الزوجة مع مثيلاتها وقت العقد في السن والجمال والمال ومكانة الأسرة والعقل والدين والبكارة إلى غيرها من الصفات التي يختلف المهر باختلافها بحسب رغبات وعرف الناس فيها[5].

ثالثا:ثبوت النسب

تنص المادة 40 من قانون الأسرة على أنه:(يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و 33و 34من هذا القانون...).

من خلال هذه المادة يمكن القول أن الزواج الباطل يترتب عليه ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب[6]، والذي يتحقق بالدخول الحقيقي، لذلك تحسب مدة الحمل في الزواج الصحيح من بداية العقد، أما في الزواج الباطل تحسب من تاريخ الدخول، لأنه لو بدأ الحساب من تاريخ العقد لأدى ذلك إلى ترتيب آثار على العقد الباطل[7].

وعليه فإذا كان الزواج باطلا ودخل الرجل بالمرأة وولدت ولدا لأقل من ستة أشهر من الدخول ، فلا يثبت نسبه من الزواج ، لأنها ولدته قبل من أقل مدة للحمل ، أما لو ولدت به لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول يثبت نسبه من الزوج وليس له الحق في نفيه ، لأن النفى يستدعى اللعان وهو لا يكون إلا بين زوجين فى عقد زواج صحيح[8].

رابعا:ثبوت حرمة المصاهرة

يترتب على عقد الزواج الباطل إذا حصل دخول بالزوجة حرمة المصاهرة، فيحرم على الزوج بالزواج الباطل أن يتزوج من أصول زوجته، فتحرم عليه أم زوجته وجداتها من قبيل أبيها وأمها وإن علون، كما يحرم عليه أن يتزوج من فروع زوجته أي بناتها وبناتهن وبنات ابنها وإن سفلن[9]، وفي المقابل يحرم على الزوجة أن تتزوج من أصول الزوج كأبيه وجده، وفروعه كابنه وابن الابن وابن البنت[1].

---

1 محمد سمارة، مرجع سابق، ص 357.

2 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، مرجع سابق، ص 157.

3 محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 142.

4 محمد سمارة، مرجع سابق، ص 359.

5 نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 47.

6 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 150.

7 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 412.

8 محمد سمارة، نفس المرجع ، ص 375.

9 نبيل صقر، مرجع سابق، ص 68.

المطلب الثالث

سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط

تنص المادة 106 من القانون المدني على أنه:(العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقر رها القانون)، وهذا يعني أن العقد هو القانون الخاص الذي سنه المتعاقدان لينظم علاقتهما ، فتكون بنود هذا العقد بمثابة مواد القانون ، فإذا حصل تعارض بين هاته البنود ونصوص القانون المكملة تطبق الأولى دون الثانية ، لأن إعمال النصوص المكملة لا يكون إلا إذا سكت المتعاقدان عن تنظيم الحكم الوارد بها[2]، وهذا يدل على أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي الكفيلة وحدها بإنشاء العقد وتحديد شروطه ، وهي أيضا وحدها التي تستطيع إنهاؤه وتعديله ولا يستقل أحدهما بنقضه أو تعديله بمفرده.

وإذا كان الأصل أن تعديل العقد أو إنهائه يتم بموجب اتفاق الطرفين ، لذا يمنع على القاضي أن يستقل بإرادته **المنفردة في** تعديل العقد أو إنهائه ، لأن مهمته الأساسية تتمحور في تكييف العقد وتفسير ، إذا كانت بنوده غير واضحة لتحديد مضمونه ، وليس بإمكانه أن يزيد أو ينقص أو يلغي من هذا المضمون ، واستثناء فقد منح المشرع للقاضي لاعتبارات تتعلق بالعدالة سلطة تعديل العقد في حالات محدودة ، كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة[3].

إن هذه القاعدة العامة في نظرية العقد تجد لها تطبيقا فيما يخص تعديل أو نقض الشرط المقترن بعقد الزواج ، حيث أنه لا يجوز لأحد الزوجين أن يستقل بإرادته المنفردة في تعديل الشرط أو إنهائه ، ويسري هذا التحريم في حق القاضي كذلك ، ولكن لما كانت الشروط في عقد الزواج كغيرها من الشروط في العقود الأخرى يمكن أن تكون مرهقة للملتزم بهاء أو أن تكون شروطا تعجيزية يستحيل الوفاء بها في ظل الظروف المعيشية والاجتماعية الصعبة، كان لابد من الحديث عن دور القاضي في تعديل أو نقض الشرط المقترن بعقد الزواج ، وذلك من خلال تبيان الأسباب التي تدفع بأحد الزوجين أو كليهما إلى تعديل أو نقض الشرط في (الفرع الأول)، ثم نتطرق لحدود سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط في (الفرع الثاني)

الفرع الأول

أسباب تعديل أو نقض الشرط

قد يحدث عند تنفيذ العقود المستمرة أن تطرأ حوادث استثنائية ومفاجئة لم يكن في وسع المتعاقدين توقعها عند التعاقد تجعل من تنفيذ العقد مرهقا بالنسبة لأحد المتعاقدين ، حيث أنه إذا طبقنا مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، فإن المتعاقد يكون مجبرا على تنفيذ العقد بالرغم من حدوث هذه الظروف غير المتوقعة ، غير أن العدالة تقتضي بأن يتحمل طرفا العقد معا هذا الطرف الطارئ ، مما يتطلب تدخل القاضي ليعدل من العقد بما يتلاءم مع هذا الطرف[4]، وهذا ما جاءت به المادة 107 (فقرة 3) من القانون المدني التي تنص على أنه:(غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصير مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدأ بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة لم ينص على نظرية الظروف االطارئة[5]، ومن ثم لم يمنح للزوج أو الزوجة حق اللجوء إلى القضاء من أجل طلب تعديل أو إبطال الشرط في حالة تعذر تنفيذه، بخلاف

---

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 150.

2 أنور طلبة، مرجع سابق، ص 404.

3 أحمد شوقي، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ، ص 177-178-182.

4 محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات – القسم الأول (مصادر الالتزام)، دار الكتاب الحديث، 2003، ص 321.

5 لقد نشأت نظرية الظروف الطارئة في نطاق القضاء الإداري، ثم انتقلت إلى ميدان القانون الخاص، وتهدف هذه النظرية إلى مواجهة ما قد يحدث من تغير الظروف التي كانت سائدة وقت التعاقد من تقلبات اقتصادية غير متوقعة، تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي الذي يلحق ضررا بأحد طرفي العقد، وبالتالي تحقيق العدالة في العقود.

المشرع المغربي الذي أورد نصا خاصا في مدونة الأسرة بخصوص طلب تعديل أو إنهاء الشرط المقترن بعقد الزواج ، حيث نصت المادة 48 (فقرة 2) على أنه:(إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة...).

ويمكن القول أنه رغم غياب نص في قانون الأسرة بخصوص نظرية الظروف الطارئة ، فإنه لا يوجد ما يمنع القاضي من الرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة إذا ما طرح عليه نزاع.

يتعلق بصعوبة تنفيذ الشرط، لأن موضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج لا يمكن أن يخرج عن هذه القواعد العامة، كما أنه بواسطة هذه النظرية يمكن رد الالتزامات المرهقة في عقد الزواج إلى الحد المعقول، وبالإضافة إلى ذلك فإن نظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا على العقود المستمرة وعقد الزواج هو أحسن مثال لها، لأنه من أطول العقود استمرارا وهو يقوم على التأبيد.

وفي الواقع فإنه يجب أن يكون الغرض من احترام ومراعاة الشروط هو تحقيق مصلحة أو منفعة مقصودة للزوجين، والعمل على تحقيق ترابط الأسرة وانسجامها في المجتمع، لذلك يجب ألا يؤدي الوفاء بالشروط إلى الإخلال بالتضامن الزوجي عند تخلف المصلحة المرجوة من قبل الزوجة وتعذر الوفاء بالشرط من قبل الزوج، لظهور مصلحة جديدة يجب على الزوجين السعي نحو تحقيقها، بشرط ألا يخالف ذلك مقاصد الشريعة الإسلامية[1].

الفرع الثاني
حدود سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط

قد يصبح تنفيذ الشرط المتفق عليه في عقد الزواج متعذرا على من التزم به كما سبق توضيحه، الأمر الذي يسمح له اللجوء إلى القضاء ليطلب إعفائه من تنفيذه أو تعديله بسبب الظرف الطارئ الذي منع حصول التنفيذ العيني للشرط، ويرجع في تقدير الحادث الطارئ إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[2].

ومن المقرر أن السعلة المخولة للقاضي بموجب فطرية الظروف الطارئة هي تحقيق التوازن العادل بين مصلحة طرفي العقد، ومواجهة ما قد يطرأ من تغير الظروف التي كانت سائدة أثناء التعاقد من تقلبات اقتصادية غير متوقعة تؤودي إلى اختلال التوازن العقدي والذي يلحق ضررا بأحد طرفي العلاقة التعاقدية ، غير أن السلطة الممنوحة للقاضي لها حدود وليست سلطة مطلقة ، أي أن هذا الأخير لا يستطيع تعديل العقد إلا إذا توفرت شروط قانونية يتطلبها المشرع لتحقيق الظروف الطارئة بالصورة التي تبرر تدخل القاضي في المجال العقدي لإعادة التوازن المختل بسب الظروف بما يحقق العدالة[3].

أولا : شروط تنبق نظرية الظروف الطارئة

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لابد من توافر الشروط هي كالتالي:

1. أن يكون العقد متراخي التنفيذ: أي يكون من العقود المستمرة - كعقد الزواج - التي يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي غير متوقع.

2. أن يقع بين العقد حادث استثنائي عام: ويقصد بالحادث الاستثنائي أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل إكمال تنفيذه حادث غير مألوف ونادر الوقوع، كزلزال أو حرب أو وباء، أما المقصود بالعموم أن يمس هذا الحادث عدد كبير من الناس كسكان مدينة أو فئة معينة كالتجار.

3 . ألا يكونن الحادث متوقعا: فإذا كان المدين قد توقع الحادث الطارئ أو كان في وسعه أن يتوقعه، فليس له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة ، ليطلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[4].

4 . إرهاق المدين: بمعنى أن يكون التنفيذ ينطوي على خسارة جسيمة ومؤكدة وثابتة في حق المدين من جراء تنفيذه للالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد[5].

ثانيا: كيفية رد الإلتزام المرهق:

---

1 يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 93.

2 أحمد شوقي، مرجع سابق، ص 188.

3 حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتورا، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 54-55.

4 أنور طلبة، مرجع سابق، ص 408.

5 وبهذا الشرط تختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة، فالأولى تجعل التنفيذ مرهقا، أما الثانية تجعل التنفيذ مستحيلا يؤدي إلى انفساخ العقد.

فإذا توافرت الشروط السالفة الذكر، فإنه يجب على القاضي بناء على طلب المدين التدخل لتخفيف عب ء الالتزام عنه إلى الحد المعقول الذي يراه مناسبا مع العدالة، بعد أن يقوم بإجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين، غير أن المشرع لم يحدد للقاضي الوسيلة أو الطريقة التي يتم بها رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل منحه سلطة واسعة في اختيار الوسيلة الملائمة لتحقيق ذلك التوازن، ويكون ذلك عن طريق ما يلي:

1. إما إنقاص التزامات المدين: قد يرى القاضي أن إزالة الإرهاق وتحقيق التوازن العقدي يتم بإنقاص الالتزامات الملقاة على عاتق المدين، وكمثال عن ذلك أن يلتزم الزوج بشراء عقار أو منقول معين لزوجته، ثم يصاب بحادث مرور يتسبب له في عاهة مستديمة تحول دون مواصلته للعمل والاكتساب، ففي مثل هذه الحالة لابد من تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك عن طريق إعفاء الزوج من هذا الشرط، لأنه قد يستعمل هذا العقار أو المنقول كمصدر للرزق.

2. أو زيادة التزامات الدائن: وقد يرى القاضي في زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق وسيلة لإعادة التوازن بين المتعاقدين، وبذلك يزول الإرهاق عن المدين ، ومن الأمثلة التي نقترحها كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها، فيجد الزوج نفسه مضطرا لمغادرة بلد الزوجة إلى بلد آخر بسب صدور قرار إداري بتحويله إلى هذا البلد لممارسة وظيفته ، فإذا وافق الزوج على قرار التحويل

نتج عن ذلك فصل الحياة الزوجية بين الزوجين عليلة مدة العمل، ومن الممكن أيضا أن يودي إلى حصول الطلاق وما يترتب عليه من سلبيات على الأسرة والمجتمع، لذلك يكون الزوج أمام خيارين، إما أن يحترم الشرط وبالتالي فقدانه لمصدر رزقه، وإما أن يخف شرط الزوجة ويحافظ على وظيفته، ففي مثل هذه الحالة يتدخل القاضي إعمالا لسلطته التقديرية وتطبيقا لنظرية الظروف الطارئة بإبطال هذا الشرط وإلزام الزوجة بالانتقال مع زوجها إلى البلد الذي يمارس فيه وظيفته لتفادي وقوع الطلاق وما يترتب عليه من آثار سلبية.

3 . وإما أن يلجأ القاضي إلى وقف تنفيذ الالتزام لفترة محددة أو غير محددة حتى تزول آثار الحادث الطارئ إذا قدر أن هذا الطرف مؤقت، أو أنه على وشك الزوال[1]، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن يوفر لها مسكنا خاصا مستقلا عن أهله، وكان الزوج يملك هذا المسكن الخاص، غير أنه أجره بعقد إيجار رسمي لصالح شخص آخر، ففي هذه الحالة يتدخل القاضي لوقف تنفيذ الشرط حتى شغور المسكن المؤجر.

وفيما يخص الشروط في عقد الزواج ومدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، فإنه يتعين على القاضي وهو يمارس سلطته في تعديل أو إنهاء الشرط أن يعمل على تحقيق الموازنة بين مصالح طرفي عقد الزواج من جهة، ومصلحة المجتمع هن جهة أخرى، كما يراعي القاضي أيضا في ذلك مدى جسامة الضرر الحاصل من جراء عدم الوفاء بالشرط، فإذا كان الضرر اللاحق بالزوج والمتمثل في فقدانه منصب عمله بسبب التزامه بشرط زوجته بألا ينقلها من بلدها أكبر من الضرر الذي يلحق بالزوجة بسبب نقلها من بلدها في المثال السابق، فيكون دفع هذا الضرر مقدم على ضرر الزوجة الناتج عن تخوفها من العيش خارج بلدها.

وفي الأخير يمكن القول أنه لا يمكن ترك مجال أمر الاشتراط في عقد الزواج دون حدوده بل يجب أن يكون مقيدا بمراعاة النظام العام وأحكام قانون الأسرة، وبما يحقق مصلحة المتعاقدين والمصلحة العامة للمجتمع، ولذلك يجب تجنب أن يؤدي الاشتراط إلى إجحاف وظلم في حق المرأة وأولادها، أو أن يعسر بمصالح الزوج، مراعاة للتواعد الفقهية الثابتة في الفقه الإسلامي هل قاعدة (الضرورة تبيح المحظورة)، وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وكذلك قاعدة (درء المفاسد أولى من جلب المنافع)

المبحث الثالث

الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط

إن الجزاء المترتب على عدم الوفا، بالشرط المتفق عليه في عقد الزواج أو في العقد الرسمي اللاحق هو الدفع بعدم التنفيذ ، الذي يتعلق بالشروط المؤثرة في المهر ، بموجبه يجوز للزوجة أن تحبس نفسها عن

1 حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص 66.

زوجها للضغط عليه من أجل استيفاء معجل مهرها.

فإذا لم تفلح هذه الوسيلة في إجبار الزوج على الوفاء بالشرط ، يحق للزوجة اللجوء إلى القضاء لتطلب فسخ عقد الزواج ، كما يحق لها المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها، وسنتعرض إلى الدفع بعدم التنفيذ في (المطلب الأول)، ثم فسخ عقد الزواج في (المطلب الثاني)، وأخيرا تنطرق لتعويض الضرر في (المطلب الثالث)

المطلب الأول
الدفع بعدم التنفيذ

الدفع بعدم التنفيذ هو حق المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، ما لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل له[1]، فالغرض منه هو تأجيل تنفيذ الالتزامات إلى حين تنفيذ الالتزامات المقابلة ، ولكن يجب أن تكون هذه الأخيرة مستحقة الوفاء[2]، وبذلك يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ في كون أن أثره ينحصر في وقف تنفيذ الالتزامات المعتمدة من العقد الملزم للجانبين دون أن يؤدي إلى انقضاء الالتزامات التعاقدية ،بخلاف الفسخ الذي يؤدي إلى انقضائها[3].

وعليه يمكن تقيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول في (الفرع الأول) شروط الدفع بعدم التنفيذ، أما في(الفرع الثاني) تنطرق إلى الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ، في حين ندرس في (الفرع الثالث) حق الزوجة في حبس نفسها لاستيفاء معجل مهرها.

الفرع الأول
شروط الدفع بعدم التنفيذ

تنص المادة 123من القانون المدني على أنه:(في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به)، من هذا النص يتضح أنه للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لابد من توافر شروط وهي:

أولا . أن يكون العقد ملزم للجانبين

يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين دون غيرها من العقود الأخرى ويرجع هذا الشرط إلى الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ وهو تقابل وارتباط الالتزامات التي يتحملها المتعاقدان، ولهذا فإن نطاق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ أضيق من نطاق الحق في الحبس، لأن هذا الأخير يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتبط به مهما كان مصدر هذا الارتباط، سواء كان مصدره العقد أم غيره من المصادر الأخرى[4]، وعقد الزواج أحسن مثال للعقود الملزمة للجانبين فمقابل تسليم الزوجة نفسها لزوجها فهي تستحق الصداق.

ثانيا: أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء

كما يشترط في الدفع بعدم التنفيذ أن تكون الالتزامات المتقابلة التي تقع على عانق كل متعاقد مستحقة الأداء وواجبة التنفيذ[5]، ففي عقد الزواج إذا حصل الدخول تصبح الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، فتلزم الزوجة بطاعة زوجها وتسليم نفسها كما يلزم الزوج بالنفقة والمهر.

يشترط في الدفع بعدم التنفيذ أيضا امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه ، ولا تشترط المادة 123 السالفة الذكر أن يكون عدم التنفيذ كليا أو جزئيا ، ومن ثم يمكن الدفع بعدم التنفيذ ولو أخل المتعاقد الآخر جزئيا فقط بالتزامه[6].

الفرع الثاني
أساس الدفع بعدم التنفيذ

---

1 علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 443.

2 توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام– نظرية العقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص 260.

3 علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 444.

4 توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 260.

5 علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 444.

6 نفسر المرجع، ص 445.

يعتبر عقد الزواج من عقود المعارضة، غير أنه يختلف عن باقي عقود المعارضات المالية فهو يقوم على مبادلة البضع بالمهر، ولهذا فإن ارتباط الالتزامان المتقابلان في عقد المعارضة هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي، بمعنى أن عدم تنفيذ الالتزام يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام المقابل له.

إن فكرة المعارضة في الفقه الإسلامي تقوم على أساس تحقيق المساواة بين المتعاقدين في هذه العقود، ومراعاة لهذا المبدأ فلا يمكن إجبار أحد المتعاقدين على تنفيذ التزامه مادام أن المتعاقد الآخر لم يقم بتنفيذ الالتزام المقابل[1] ، لذلك يكون من حق الزوجة أن ترفض الذهاب إلى سكن الزوجية في حال لم يدفع لها الزوج مهرها أو جزء منه[2].

الفرع الثالث

حق الزوجة في حبس نفسها عن زوجها

يعد حق الحبس في الفقه الإعلامي مبدأ ثابتا في عقود المعارضات المالية، وعقد الزواج لا يخرج عن هذه القاعدة، ومن ثم فإذا اشترطت الزوجة على زوجها تعجيل مهرها وخالف الزوج هذا الشرط، فقد اتفق الفقهاء على إعطاء المرأة الحق في حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر كاملا، حتى أن بعض الفقهاء كرهوا أن تسلم المرأة نفسها قبل أن تقبض حق الله وهو المهر[3]، وهذا يدل على أن الزوجة بإمكانها أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها المعجل من مهرها الذي اشترطته، ويبقى هذا الحق ثابتا حتى ولو انتقلت إلى بيت الزوجية.

لقد أقرت الشريعة الإسلامية بحق الزوجة في النفقة حتى في فترة حبس نفسها عن زوجها، وليس لهذا الأخير أن يتذرع بسقوط حقها في النفقة لكونها تعتبر ناشزا، فهي لا تعد كذلك طالما أنه لم يف لها بما اشترطت عليه من تعجيل مهرها[4].

ويمكن للمرأة أن تمتنع عن تسليم نفسها لزوجها بلا عذر حتى تقبض المعجل من المهر كله، والغرض من ذلك هو حث الزوج ودفعه للوفاء بحق الزوجة، ولها في سبيل ذلك أن تمتنع أيضا عنها كانت ستلتزم به لو دخل بها الزوج، فليس لهذا الأخير أن يمنع زوجته من السفر أو زيارة أهلها قبل إيفاء المهر[5].

وحق الامتناع عن الطاعة قبل قبض المهر المعجل ينطبق على كون المهر كله معجلا، أو بعضه مؤجلا والبعض الآخر معجلا[6]، لذا يحق للزوجة أن تمتنع عن تسليم نفسها لزوجها حتى تقبض الجزء المعجل المتبقي من المهر حتى ولو كان جزء قليلا ، وهذا تطبيقا لحق من حقوق الحابس ، لأن حق الحبس غير قابل للتجزئة[7]. ولكن إذا سلم الزوج عاجل المهر لزوجته فيجب عليها أن تسلم نفسها إليه لأنه قام بواجبه ، فإذا امتنعت عن ذلك بلا عذر ثبت للزوج حق استرداد المهر الذي دفعه.

أما إذا كان المهر مؤجلا ليس للمرأة أن تمتنع عن الطاعة وتسليم نفسها لزوجها بسبب عدم استلامها للمهر المرجل ، كون أن موافقتها على التأجيل أسقطت حقها في تعجيل قبضه ، وتكون موافقتها على التأجيل رضا منها بتسليم نفسها قبل قبض المهر وهذا ما ذهب إليه الحنابلة ، وعلى العكس من ذلك يرى الشافعية بأن رضا الزوجة بتأجيل قبض المهر لا يمتط حقها في الحبس ، وهو رأي ضعيف ، لأن رضاها بتأجيل المهر يترتب عليه سقوط حقها في الحبس قيامنا على سقوط حق البائع في الحبس إذا بادر بدفع المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن[8].

وقد اختلف الفقهاء حول حق المرأة في حبس نفسها بعد أن يطأها الزوج، فذهب فقهاء كل من الشافعية

---

1 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 243.

2 Ghaouti Benmelha, le droit Algérien de la famille, office des publications universitaires, Algérie , 1999, p 129.

3 رشد شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 432.

4 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 239.

5 عبد الجليل علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2001، ص 54-55.

6 محمد سمارة، نفس المرجع، ص 186.

7 رشد شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 437.

8 محمد سمارة، نفس المرجع، ص 186.

والمالكية وبعض الحنابلة إلى القول بسقوط حق المرأة في حبس نفسها، في حين يرى الإمام أبو حنيفة استمرار حقها في الحبس حتى ولو كانت قد سلمت نفسها، مادامت لم تستوف مهرها المعجل، أما إذا وطأها الزوج مكرهة فلا يسقط حقها في الحبس، لأنه لا يجوز لأحد أن يبطل على غيره حقا من حقوقه، بينما إذا سلمت نفسها جاهلة بأنه ليس لها حق الحبس، ترتب على ذلك سقوط حقها في الحبس[1].

المطلب الثاني
فسخ عقد الزواج

يعرف الدكتور أحمد شوقي الفسخ بأنه:(حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم للجانبين لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه)[2] ، فالفسخ يقتضي وجود عقد صحيح يتوافر على كل الأركان والشروط ، غير أن أحد المتعاقدين لا يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

فإذا كان الزوج هو الذي اشترط شرطا لمصلحته وأخلت به الزوجة، يكون له الحق في فسخ عقد الزواج ولا يلزم بأن يدفع لها المؤجل من مهرها ولا نفقة عدتها، أما إن كانت الزوجة هي التي اشترطت شرطا لمصلحتها وأخل به الزوج، فيكون لها الحق في طلب فسخ عقد الزواج لإخلال الزوج بالتزامه التعاقدي[3]، ويلزم هذا الأخير بأن يدفع موجل الصداق إن وجد.

والسؤال الذي يطرح في حالة ما إذا أخل الزوج بالشرط الذي اشترطته الزوجة، وأرادت هذه الأخيرة فسخ عقد الزواج لعدم وفاء الزوج بالشرط، فهل يجب عليها رفع دعوى الفسخ إلى القاضي المختص لاستصدار حكم بالفسخ ، أم أن الأمر لا يحتاج إلى ذلك ؟

يمكن القول أنه لابد من رفع دعوى الفسخ إلى القاضي للحكم بفسخ عقد الزواج لعدم وفاء الزوج بشرط، لأن الزوجة لا تملك فسخ النكاح بإرادتها حتى ولو لم يكن هناك نزاع قائم بين الزوجين حول مشروعية الشرط، كما أن هناك خلاف بين الفقهاء حول تحديد الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة، ولا شك أن حكم القاضي هو الذي يزيل الخلاف في مثل هذه الأمور، ثم أن التفريق بين الزوجين لا يقع إلا بعد إثبات عدم وفاء الزوج بالشرط، لذا لا يجوز أن تكون الزوجة هي الخصم والحكم في هذا النزاع، بل لابد أن ترفع أمرها إلى القضاء وأن تثبت ما ادعته بعدم وفاء الزوج بالشرط[4].

كما أن الحكمة في جعل فسخ العقد قضائيا بدلا من فسخه بإرادة المتعاقدين ، هي تفادي ما قد يقع من ظلم من طرف أحد المتعاقدين، إذا استعمل الفسخ بإرادته، أي فصل لنفسه بنفسه، وهو أمر ينطوي على خطورة كبيرة، إذ قد ينتصف لنفسه بنفسه ، فيكون ذلك تحقيقا لمصلحته ولو على حساب مصلحة المتعاقد الآخر، فيفسخ العقد ويتخلص من التزاماته، في حين لو رفع الأمر إلى القضاء، قد لا يقع الفسخ في بعض الحالات، لاسيما أن القاضي له سلطة تقديرية في مجال الفسخ، بالإضافة إلى أن القاضي الذي يفصل في النزاع، يكون أدرى من الناحية القانونية بتوافر الحق في الفسخ أم لا ، وليست له علاقة بالعقد ، فيكون حكمه أكثر نزاهة من المتعاقد الذي هو طرف في العقد المراد فسخه[5].

ويؤكد ذلك القرار الذي قضت فيه المحكمة العليا بفك الرابطة الزوجية بسبب مخالفة الزوج لشرط الزوجة بألا ينقلها من بلدها والذي جاء فيه ما يلي:(وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج، مما يترتب عليه فك العصمة الزوجية، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديد)[6].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة وبالضبط المادة 53 (فقرة 9)، فقد منح المشرع بموجب هذه المادة للزوجة الحق في طلب التطليق لمخالفة الزوج الشرط المتفق عليه في عقد الزواج، والتي أصبحت تمثل سببا آخرا من أسباب التطليق التي يجوز للزوجة أن تتمسك بها في طلب التفريق القضائي، وهذا يدل على وجوب

---

1 رشد شحاتة أبوزيد، مرجع سابق، ص 435-436.

2 أحمد شوقي، مرجع سابق، ص 241.

3 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 172.

4 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، مرجع سابق، ص 167-168.

5 عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب للنشر، الجزائر، 2001، ص 165.

6 قرار بتاريخ 03\03\1971، السابق ذكره في ص 90.

لجوء الزوجة إلى القضاء من أجل طلب التطليق بسبب مخالفة الزوج لشرطها.

وما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة 53 (فقرة 9) أنها تحدثت عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون أن يتم ذكر عبارة (أو في العقد الرسمي اللاحق) ، لذلك قد يمتنع القاضي عن فسخ عقد الزواج تطبيقا لمبدأ حرفية النص التي تقصي الشروط المتفق عليها في العقد الرسمي اللاحق[1]، غير أن هذا الإشكال يمكن أن يزول بموجب اجتهاد قضائي في المستقبل عند تطبيق هذه الفقرة ، والذي قد يؤكد على سقوط عبارة (أو في العقد الرسمي اللاحق) لمجرد السهو اعتمادا على مبدأ روح القانون الذي يتجه للتيسير على الزوجة في التخلص من زوجية ألحقت بها الضرر[2] ، وإعطائها فرصا أخرى تجعل من رخصتها الجوازية ترتقي شيئا فشيئا لمرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق.

وحتى يتمكن القاضي من فسخ عقد الزواج لابد من توافر شروط، وهذا ما سنبينه في (الفرع الأول)، كما أن الفسخ لعدم الوفاء بالشرط باعتباره فسخا للعقد يفترق عن التفريق بين الزوجين بالطلاق في عدة أمور نتطرق إليها في (الفرع الثاني)، أما (الفرع الثالث) نخصصه لدراسة مسقطات حق الزوجة في الفسخ.

الفرع الأول
شروط فسخ عقد الزواج

يشترط لطلب فسخ عقد الزواج أن يكون هناك إخلال من جانب أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد المراد فسخه[3]، أي لابد من إخلال أحد طرفي عقد الزواج بشرط المتفق عليه حتى يمكن للطرف الآخر طلب فسخ العقد.

كما يجب أن يكون المشترط طالب الفسخ قد وفى بجميع الالتزامات التي رتبها عليه عقد الزواج، حتى يمكن له طلب الفسخ بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته التعاقدية[4]، فالزوجة التي تشترط على زوجها الاستمرار في وظيفتها بعد الزواج وهي تقوم بواجباتها اتجاهه واتجاه أبنائها، تكون قد وفت بالالتزامات التي رتبها عليها عقد الزواج ، وعليه إذا منعها الزوج من مواصلة وظيفتها يحق لها طلب الفسخ لإخلال الزوج بشرطها، أما إذا قصرت في أداء واجباتها الزوجية بسبب خروجها للعمل، ففي هذه الحالة يقوم القاضي بإبطال هذا الشرط بدلا من فسخ عقد الزواج لمنافته مصلحة الأسرة.

الفرع الثاني
التمييز بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط

يظهر الفرق بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط من خلال الآثار الناشئة عن كل منهما والتي تتمثل فيما يلي:

1. إن التفريق بين الزوجين عن طريق الطلاق يحسب من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته، وهذا يدل على أنه لو راجع الزوج زوجته بعد الطلاق، فترجع إليه بما بقي من الطلقات، عكس التفريق بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط، فلا ينقص عدد الطلقات إذا تزوجها الزوج من جديد وتكون عنده على طلاق ثالث[5].

2 . إن التفريق بين الزوجين بالطلاق لا يحتاج إلى سبب معين، في حين أن التفريق بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط يجب أن يكون له سبب وهو إخلال الزوج بالشرط.

3 . إن الطلاق في الاصل يملكه الزوج ، ولكن قد ينتقل هذا الحق إلى الغير عن طريق توكيل أو تفويض الزوجة، أما الفسخ لعدم الوفاء بشرط فهو من حق من اشترطه من الزوجين.

4 . تستحق الزوجة عند الطلاق قبل الدخول نصف المهر بينما في حالة الفسخ لعدم الوفاء بالشرط إذا وقع قبل الدخول، فلا يترتب عليه شيء من المهر للزوجة[6].

5 . إن أهم فرق بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط هو أنه ليس للمرأة التي تم فسخ

---

1 باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 53.

2 نفس المرجع، ص 53.

3 عبد الكريم بلعيور ، مرجع سابق، ص 167.

4 علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 432.

5 منصور البهوتي، مرجع سابق، ص 125، عبد الجليل علي، مرجع سابق، ص 110.

6 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الروحين لعدم الوفاء بالشرط، مرجع سابق، ص 172-173.

نكاحها متعة ولا سكنى ولا نفقة، إلا أن تكون حاملا فتجب لها النفقة للحمل، وعلل جمهور الفقهاء ذلك بأن السكنى والنفقة تجب للمرأة التي يملك زوجها مراجعتها، أما التي فسخ نكاحها فلا يملك الزوج نكاحها إلا بعقد جديده واستدلوا على سقوط حقها في المتعة بقوله تعالى:(وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ)[1] ، ويفهم من هذه الآية أن المتعة خاصة بكل مطلقة دون غيرها ممن فسخ نكاحها لعدم الوفاء بشرط[2].

وخلاصة لما تقدم فإنه يترتب على فسخ عقد الزواج لعدم الوفاء بالشرط وجوب العدة على المرأة إذا وقع الفسخ بعد الدخول لأنها تتعلق بحق الله تعالى، وتستحق المهر المسمى في العقد، أما إذا حصل الفسخ قبل الدخول فلا تستحق المرأة شينا من المهر، كما يترتب علي الفسخ أيضا ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب، وثبوت حرمة المصاهرة.

الفرع الثالث

مسقطات حق الزوجة في الفسخ

إن ثبوت حق الزوجة في فسخ عقد الزواج عند إخلال الزوج بالشرط لا يسقط ولا يلزم العمل به فور مخالفة الشرط ، بل الأصل أن هذا الحق يظل قائما وثابتا على التراخي يمكن لها المطالبة به في أي وقت تشاء ، واستثناء من ذلك توجد حالات يسقط فيها حق الفسخ بأحد المسقطات الآتية:

أولا . الرضا بإخلال الزوج بالشرط

إذا رضيت الزوجة بإخلال زوجها بالشرط الذي اشترطته في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق يسقط حقها في الفسخ ، ويستوي في ذلك أن يكون الرضا بالقول أو بالفعل، كأن تمكنه من نفسها بالوطء مع علمها بعدم وفائه بالشرط[3].

بينما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو لا ينقلها من بلدها ، غير أنه تزوج عليها أو أخرجها من بلدها ، ثم قبل أن تطلب الفسخ طلقها ، ففي هذه الحالة لا تملك الزوجة حق فسخ عقد الزواج ، لأن حق الطلاق ثابت له ، فلا يوجد خلاف بين الفقهاء حوله ، بينما حقها في الشرط محل خلاف بين الفقهاء[4].

ثانيا: زوال سبب الشرط

كما يسقط حق الزوجة في الفسخ إذا زال سبب الشرط، كما لو اشترطت عليه ألا يخرجها من منزل أبويها، ثم توفي الأب والأم، بطل هذا الشرط، لأن السبب الذي من أجله كان الشرط لا محل له.

ثالثا: استحالة تنفيذ الشرط

فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يخرجها من منزل والديها، ثم تعذر سكنى المنزل لظرف طارئ كانهيار المنزل بسبب حدوث زلزال، ففي هذه الحالة يتعذر عليه الوفاء بهذا الشرط، ومن ثم سكن بها حيث أراد وسقط حقها في الفسخ، لأن الشرط أمر عارض وقد زال[5].

وقد تشترط عليه أيضا أن تسكن بمفردها ، ثم يعجز الزوج عن توفير السكن المنفرد لعدم كفاية موارده المالية ، فهل يجب على الزوج الوفاه بهذا الشرط ؟ وهل يمكن للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أخل الزوج بهذا الشرط ؟

لقد أجاب الإمام ابن تيمية على ذلك بأنه لا يجب على الزوج الوفاء بما هو عاجز عنه، بل لو كان قادرا على مسكن آخر لم يكن لها غير ما شرط لها، وليس للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أخل الزوج بهذا الشرط[6].

---

1 سورة البقرة، الآية 241.

2 علي محمد علي قاسم، نفس المرجع، ص 165.

3 منصور البهوتي، مرجع سابق، ص 100.

4 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الروحين لعدم الوفاء بالشرط، مرجع سابق، ص 174.

5 نفس المرجع، ص 175-176.

6 ابن تيمية، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 183.

المطلب الثالث
تعويض الضرر

إن الضرر هو الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له ، ويرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية سواء كانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية ، وتتجلى أهميته في أن كل مطالبة بالتعويض عند وجود الخطأ دون إحداثه لضرر سيكون مصيرها الرفض[1].

وتتمثل أركان المسؤولية العقدية في الخطأ العقدي الذي يتمثل في عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي سواء كان عن قصد أو إهمال ، وكذلك الضرر الذي أصاب الدائن ، والذي يقع عليه عبء إثباته ، وأن تتوفر علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، أي يجب أن يكون الخطأ العقدي هو السبب المباشر في وقوع الضرر .

فإذا كان الضرر هو الركن الثاني في أركان المسؤولية العقدية ، فإن التعويض جزاؤه الذي يترتب في حالة ما إذا لم يكن التنفيذ العيني للعقد ممكنا ، أو لم يبد المدين استعداد، للتنفيذ العيني وطلب الدائن التعويض ، فيحكم به القاضي كجزاء مترتب على قيام المسؤولية العقدية.

إن التعويض عن الضرر هي قاعدة تندرج تحت ثبوت العوض بالإتلافات، لذلك يجب على المتلف تعويض ما أتلفه سواء كان هذا الإتلاف للنفس أو المال ، كما صرح الفقهاء أيضا أن إتلاف البضع موجب للضمان أي التعويض، فمن فوت على امرأة منفعة بضعها بنكاح فاسد أو وطء بشبهة فيجب عليه مهر مثلها[2].

وكما رأينا أن الشروط قد ترد في عقد الزواج ذاته، أو في عقد رسمي لاحق، فهذا يعني أن وعاء الشروط هو العقد، وبالتالي فإنها تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض إلا ما استثني منها بأحكام خاصة.

وعلى هذا الأساس فالزوجة التي لحقها ضرر من جراء مخالفة زوجها للشرط الذي اشترطته عليه ، يكون لها حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها ، وتؤسس دعواها على أساس أحكام المسؤولية العقدية ، وهذا ما ذهب إليه بعض الشراع الذين اعتبروا أن أساس طلب التطليق في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج هو المسؤولية العقدية، وكان ذلك قبل صدور التعديل الأخير لقانون الأسرة وبالضبط المادة 53 التي أضافت حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج ضمن الأسباب الموجبة للتطليق، وبالتالي يصبح أساس طلب التطليق هو نص المادة 53 (فقرة 9)[3].

وسنتطرق في هذا المطلب إلى شروط الضرر الموجب للتعويض في (الفرع الأول)،ثم نبين أنواع التعويض في (الفرع الثاني)، بينما (الفرع الثالث) نخصصه لكيفية تقدير القاضي للتعويض.

الفرع الاول
شروط الضرر الموجب للتعويض

يعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية، والذي يترتب عن إخلال المتعاقد ببنود وشروط العقد، وإذا تخلف الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض، هذا وقد نصت المادة 124 من القانون المدني بأنه:(كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض).

ويعرف الضرر بأنه ما يصيب المتعاقد في حق من حقوقه من جراء إخلال المتعاقد الآخر بمصلحة مشروعة، وسواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية[4].

من خلال هذا التعريف يتضح أن مجرد المساس بالحق يشكل ضررا، كما يشمل معنى الضرر

---

1 عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص 22 .

2 نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 123-124.

3 عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص 140 .

4 بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 68.

الاعتداء على مصلحة الفرد المشروعة التي تعد مكملة لمفهوم الحق في سبيل تعويض الضرر ، كما يتبين لنا أن تصنيف الضرر يكون بحسب طبيعة المصلحة التي اعتدي عليها، والتي لا تعدو أن تكون مادية أو معنوية[1]، وبالتالي ينقسم الضرر إلى قسمين ضرر مادي وضرر معنوي أو أدبي.

فالضرر المادي هو كل أذى يصيب الشخص في جسمه أو ذمته المالية منقصا منها أو مفوتا لمصلحة مشروعة، أما الضرر المعنوي هو ما يلحق الشخص في كرامته أو شرفه أو شعوره أو عاطفته[2].

ويشترط في الضرر حتى يكون موجبا للتعويض توافر الشروط الآتية:

- المساس بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا مجال لتعويضها .
- أن يكون الضرر محققا، بأن يقع بالفعل وليس مفترضا أو محتملا.
- أن يكون الضرر شخصيا[3].
- ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه، إذ لا يجوز للمضرور أن يحصل على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر واحد، وإلا اعتبر مثريا بلا سبب على حساب المتعاقد المسؤول[4].

الفرع الثاني
أنواع التعويض

إن السلطة التقديرية التي يملكها القاضي تسمح له بتحديد طريقة التعويض، تبعا لظروف النزاع الذي يطرح أمامه، فقد يكون التعويض عينا يزيل الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام حالا، أو يمنع استمراره مستقبلا عن طريق إعادة الحال إلى ما كان عليه، بشرط أن يكون ذلك ممكنا، وغالبا ما يكون التعويض نقدا أي عبارة عن مبلغ من النقود يعطى دفعة واحدة، كما يصح أن يكون مقسطا أو أن يكون إيرادا مرتبا.

ويعتبر التعويض العيني من أفضل طرق التعويض، لأنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما ، ويلزم القاضي بالحكم بالتعويض العيني متى كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن[5]، كما لا يجوز له أن يحكم بأزيد مما طلبه المضرور، وإن كان يصح له أن يحكم بأقل منه.

وعلى هذا الأساس إذا اشترط الزوج على زوجته في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ألا تسافر وحدها، أو لا تمارس عملا وظيفيا إلا بإذنه، فهذه الشروط تكون ملزمة ويجب على الزوجة الوفاء بها، فإذا أخلت بها وقامت بما يخالفها، يكون للزوج طلب فسخ عقد الزواج على مسؤولية الزوجة وحدها، وقد يحكم القاضي عليها بالتعويض[6]، الذي يكون عينا عن طريق إيقافها عن ممارسة وظيفتها.

أما إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن تسكن في مسكن مستقل عن أهله، أو اشترطت عليه ألا يمنعها من متابعة تعليمها أو الاستمرار في وظيفتها، فهذه الشروط تكون ملزمة ويجب على الزوج الوفاء بها، فإذا خالفها يحق للزوجة أن تطلب فسخ عقد الزواج بسبب عدم قيام الزوج بالتزامه التعاقدي وعلى مسؤوليته وحده[7]، كما يمكن للزوجة أن تطلب التعويض النقدي من أجل إصلاح الضرر اللاحق بها من جراء مخالفة الزوج للشرط المتفق عليه، ويمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني، وذلك بإلزام الزوج بتوفير مسكن مستقل لزوجته، أو بالسماح لها بمتابعة تعليمها أو الاستمرار في عملها

وقد ألزمت المحكمة العليا في قرار لها الزوج بتوفير مسكن مستقل للزوجة عن أهله ليتمكن من إرجاعها، والذي جاء فيه ما يلي:(من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في المطالبة بسكن مستقل عن أهل الزوج لقول خليل (ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه).

ومتى تبين - في قضية الحال- أن الطاعن يعتبر الزوجة غير طائعة له وخرجت من بيت الزوجية من تلقاء نفسها، رغم أن الطاعة الواجبة على الزوجة لزوجها لا تتنافى مع حقها في السكن المستقل وعليه فإن

---

1 عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص 23.

2 أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص 338.

3 بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 79.

4 علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، الطبعة الثانية، 1989، ص 256.

5 محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 185.

6 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 173.

7 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 172.

القضاة بقضائهم بأن رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية يكون بسكن مستقل للزوجة عن أهل الزوج طبقوا صحيح القانون)[1].

لم يحدد قانون الأسرة نوع الضرر المقصود حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق، لكن يمكن استنباط اتجاه المشرع إلى اعتبار نوعي الضرر المادي والمعنوي في التعويض، ويظهر ذلك واضحا من خلال المادة الخامسة من قانون الأسرة التي نصت على جواز التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا.

كما استقر قضاء المحكمة العليا على أن حكم قضاة الموضوع بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة، هو من المسائل التي تخضع لسلطتهم .

الفرع الثالث
تقدير التعويض

إن وظيفة التعويض واحدة وهي جبر الضرر كاملا، ولا عبرة بجسامة الخطأ في تقدير التعويض، فالمسؤول هو وحده الملتزم بالتعويض تجاه المضرور نتيجة لخطئه الذي لا يتحمل به غيره، ففي المسؤولية العقدية يقتصر التعويض على الضرر المتوقع وقت التعاقد باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم[2]، في حين يشمل التعويض في المسن ولية التقصيرية الضرر المتوقع وغير المتوقع.

ويقدر التعويض كأصل عام على أساس مقدار الضرر الذي لحق بالمضرور، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، فالخسارة اللاحقة والكسب الفائت هما عنصران يجب على القاضي أن يدخلهما في حسابه عند تقدير التعويض لصاح الدائن الذي أصابه ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين للإلتزام الملقى على عاتقه[3].

ويقوم القاضي بتقدير التعويض على أساس الضرر الذي لحق بالمضرور وقت صدور الحكم القضائي سواء اشتد الضرر أم خف عما كان عليه يوم وقوعه، كما يجب عليه أن يقدر التعويض عن الضرر تقديرا كاملا يكفي لجبر كل الأضرار التي أصابت المضرور دون زيادة أو نقصان، لكن بشرط أن يحدد عناصر الضرر ومدى أحقية التعويض عنها[4]، وسواء كان الضرر ماديا أي الذي يصيب الجسم أو المال، أو أدبيا (معنويا) أي الذي يصيب الشرف والعاطفة، وإن كان يصعب تحديد التعويض عن الضرر المعنوي بالنقود، لأن الشرف والمكانة الاجتماعية لا يقدران بالمال، غير أن التعويض عنهما يعد كوسيلة إرضاء وتطييب لخاطر الشخص المضرور.

فإذا كان تقدير التعويض يدخل ضمن سلطة قاضي الموضوع، فهذا لا يعني أنه لا يخضع لرقابة المحكمة العلياء إذ يتقين عليه أن يبين في حكمه عناصر الضرر التي تم تعويضها، لأن عناصر تقدير الضرر تعتبر من المسائل القانونية التي تمنح للمحكمة العليا سلطة التحقق من أن القاضي لم يدخل في تقديره عناصر لا يجب أن يشملها التعويض، أو أنه لم يستبعد منه عناصر كان لابد أن يشملها[5].

وفيما يخص تطبيق القواعد العامة التي تحكم التعويض عن الضرر على عقد الزواج ، يمكن القول أنه بإمكان الزوج المشترط والمتضرر بسبب مخالفة الزوج الآخر للشرط المتفق عليه في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعويض عما لحقه من ضرر ، إذا أثبت تحقق الضرر وتوافر شروطه، حكم له القاضي بتعويض عادل على المتعاقد المخل بالشرط التعاقدي.

وفي ختام هذا الفصل يمكن القول أن المشرع أعطى مكنة الاشتراط للزوجين من خلال عقد الزوج نفسه، أو من خلال عقد رسمي لاحق، وفي هذا تأكيد لضرورة الالتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين بشرط أن تكون صحيحة، ومن الواجب أيضا الوفاء بها شريطة اثباتها، غير أن مسألة اثبات هذه الشروط ليسر

---

1 قرار بتاريخ 16\02\1999، السابق ذكره في ص93 .

2 تنص المادة 182\2 من القانون المدني:((غير أنه إن ا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد)).

3 سعيد مقدم، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 1982، ص 195.

4 أحمد شوقي، مرجع سابق، ص 353.

5 سعيد مقدم، نفس المرجع، ص 193-194.

عسيرا، باعتبار أن وضعها إما أن يكون عند إبرام عقد الزواج الذي من شروطه حضور شاهدين، وإما أن يكون بعقد رسمي لاحق، الذي لا شك أن يكون له حجية عند النزاع.

كما أنه لا يمكن تطبيق القواعد العامة الخاصة بنظرية البطلان بحذافيرها على عقد الزواج لما له من قدسية، بالإضافة إلى أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار فكرة الدوام لهذا العقد، وكذا حماية أشخاص آخرين لهم صلة بعقد الزواج ألا وهم الأبناء، لذلك نجد أن المشرع قد صحح عقد الزواج للاستمرار فيه إذا اشتمل على شرط لا ينافي مقصود العقد حسب نص المادة 35 من قانون الأسرة، كما رتب ثبوت النسب على الزواج الباطل طبقا لنص المادة 40 من نفس القانون.

وأخيرا فإن ترتيب الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشروط في عقد الزواج يؤكد على أهمية الوفاء بها، على الرغم مما قد يترتب على ذلك من آثار سلبية على الاسرة، فقد يؤدي تمسك الزوج برأيه في عدم الوفاء بالشروط وإصرار زوجته على الفسخ إلى تدمير كيان الأسرة وتشريد الأطفال، وهنا تبرز أهمية الدور الذي يجب أن يقوم به القاضي في الموازنة بين هذه المصالح المتضاربة، بما يحفظ للزوجين حقوقهما ويحمي المصلحة العامة للمجتمع.

خاتمة

من خلال هذا البحث يمكن التوصل إلى أهم النتائج التالية

- إن إنشاء الشروط في عقد الزواج يكون بإرادة المتعاقدين، أما ترتيب آثار هذا العقد فهو من عمل الشارع سواء في نظر الشريعة أو القانون، لتفادي عدم تعادل الالتزامات بين طرفي العقد، واستثناء من هذا الأصل أجاز الشارع للزوجين اشتراط شروط في العقد من شأنها تغيير آثاره بالزيادة فيه أو النقصان منه في حالة ما إذا كانت هذه الآثار الأصلية لا تحقق منفعة أو مصلحة لأحدهما أو لكليهما

- وقد اختلف الفقه الإسلامي بشأن اتصال المتعاقدين بآثار عقد الزواج عن طريق اشتراط الشروط فيه ، فمنهم مضيق وآخر موسع ، وأكثر هذه المذاهب تضييقا لحرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج هو المذهب الظاهري ، ثم يأتي مذهب الشافعية ، ثم الخفية وأخيرا المالكية ، أما المذهب الحنبلي فقد توسع بقبول الشروط في عقد الزواج ، لأنه يرى أن الأصل في الاشتراط الجواز والصحة ما لم يرد الدليل على المنع والتحريم

- إن التوسع في الشروط لا يفهم منه فتح الباب على مصراعيه للزوجين في اشتراط ما يشاء ان من الشروط دون قيد أو ضابط معين، بل أنهما مقيدان بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وعدم التناقض مع أحكام قانون الأسرة ء كما أنه يجب أن تتوافق هذه الشروط مع مقاصد الشريعة الإسلامية من عقد الزواج التي تتمثل في الحفاظ على النسل وديمومة الزواج.

- وقد اتفق الفقهاء على صحة الشرط الذي يوافق مقتضى العقد ومقاصده، بأن يكون موجبا لحكم من أحكام العقد ، أو يؤكد مقتضاه، أو ورد به الشرع ، أو جرى به العرف، كما اتفقوا على صحة العقد وبطلان الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ولا يتفق مع نظامه ، أما الشروط التي ليست من مقتضيات العقد ولكنها لا تنافيه ولا تخل بمقصوده ، مثل اشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها أو لا ينقلها من بلدها، فقد اختلف الفقهاء إزاء صحة هذه الشروط ، فهي شروط صحيحة يلزم الوفاء بها عند الحنابلة، وتعتبر باطلة عند الحنفية والشافعية ، أما عند المالكية فهي شروط مكروهة لا يلزم الوفاء بها وإنما يستحب ذلك، ويكون هذا النوع من الشروط لازما إذا علق بيمين طلاق أو عتاق.

-لا يوجد تناقض بين الشرط الذي تشترطه الزوجة على زوجها بألا يتزوج عليها ومبدأ تعدد الزوجات، لأن مثل هذا الشرط لا يلغي المبدأ من أصله، بل يظل قائما وثابتا، غير أنه يجوز للزوج أن يتنازل عن حقه في التعدد.

- إن المشرع لم ينص صراحة على توثيق الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، كما أنه لم يوضح مسألة الأخذ بشهادة الشهود في موضوع الشروط، مما يبقي الاحتمال قائما في الاعتداد بشهادة الشهود لإثبات الشروط في حالة التنازع عليها بين الزوجين، بخلاف بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية التي أكدت على وجوب أن يكون الشرط مكتوبا في عقد الزواج كالقانون الكويتي (المادة 41) والقانون الأردني (المادة 37)، لأن تدوين الشروط في العقد يحقق المصلحة العامة ويحافظ على الحقوق من الضياع.

- إن الشروط في عقد الزواج ليست على درجة واحدة، إذ منها الصحيح ومنها الباطل، كما أنها تختلف في تأثيرها على العقد بالصحة والبطلان، فالشروط الصحيحة يلزم الوفاء بهاء وفي حالة الإخلال بها يثبت لشارطها حق فسخ عقد الزواج، أما الشروط الباطلة منها ما قد يبطل العقد به، ومنها ما يبطل وحده ويبقى العقد صحيحا، وعليه لا يوجد تعارض بين نص كل من المادتين 32 و 35 من قانون الأسرة، فالأولى نصت على أن الشروط الباطلة تكون مبطلة لعقد الزواج، لأنها تخل بالمقصود الأصلي من النكاح، كشرط عدم الإنجاب أو شرط تأقيت الزواج ، أما الثانية فنصت على إبطال الشرط فقط ويبقى العقد صحيحا، لأنه لا يخل بالمقصود الأصلي من النكاح، كشرط الزوج على زوجته بألا ينفق عليها أو لا يعطيها مهرها.

إن قانون الأسرة ذو طبيعة خاصة والذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ، ولهذا فإن إضفاء الأحكام المتعلقة بالعقد المدني على عقد الزواج تجرده من طبيعة الخاصة ، لذلك إذا أردنا تطبيق خصائص العقد المدني على عقد الزواج ، فإنه في حالة إخلال الزوج بالشرط الذي اشترطته عليه الزوجة يكون لها الحق في فسخ عقد الزواج لا طلب التطليق.

ومن التوصيات التي يمكن توجيهها في هذا المقام ما يلي:

- نقترح وضع نصوص تنظيمية خاصة تحدد معايير التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة، حتى يمكن لضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يتحقق من مسألة موافقة الشروط للنظام العام ولمقتضى عقد الزواج، كون أن الموظف العادي لا يستطيع أن يميز بين الشروط المخالفة، للقانون والشروط الموافقة له لنقص تكوينه، وبالتالي القضاء على النزاعات التي تثور بين الزوجين حول صحة شرط من الشروط في مهدها وتفادي وصولها إلى المحاكم.

- إن المشرع لم يشر في المادة 19 من قانون الأسرة إلى الشروط السابقة لمجلس العقد، وهذا يعني أنها لا ترتب أي أثر قانوني في حالة عدم الالتزام بها، غير أنه كان من الأفضل الأخذ بالشروط القريبة من مجلس العقد تطبيقا للقاعدة الفقهية: " ما قارب الشيء أعطي حكمه".

- يستحسن وضع نص في قانون الأسرة يحدد المدة التي يتقين على المشترط أن يعبر فيها عن تذمره في حالة إخلال المشترط عليه بالشرط، لأن سكوته يدل على رضاه بفواته، كما فعلت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية التي تعرضت لهذه المسألة، كالقانون المغربي في المادة 63 الذي ألزم المشترط أن يرفع دعواه إلى المحكمة خلال أجل يجب ألا يتجاوز شهرين من تاريخ الإخلال بشرط، بينما نجد القانون الإماراتي نص على أجل لا يتجاوز سنة كاملة.

- يتعين على المشرع أن يورد نصا خاصا في قانون الأسرة يمنح للمشترط حق اللجوء إلى القضاء من أجل طلب تعديل أو إلغاء الشرط في حالة تعذر تنفيذه في ظل الظروف المعيشية والاجتماعية الصعبة، أو على الأقل كان بإمكانه أن يحيل إلى تطبيق المادة 107 (فقرة 3) من القانون المدني ، لأن موضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج لا يمكن أن يخرج عن هذه، القواعد العامة ، كما أنه بواسطة هذه النظرية يمكن رد الالتزامات المرهقة في عقد الزواج إلى الحد المعقول.

- يجب على القاضي ألا يتساهل في الحكم بفسخ عقد الزواج لكونه من العقود الخطيرة التي يجب تفادي تعريضها للفسخ، إلا إذا كانت هناك أسباب جدية وعلى درجة كبيرة من الأهمية، لم يكن للزوجة أن تقبل بإبرام عقد الزواج إذا لم يف الزوج بشرطها، لأن الزواج رباط مقدس وميثاق غليظ لا يكون من الحكمة فسخه بشروط متفاوتة وغير منضبطة، وإنما الحكمة تكون في الإبقاء على العقد قائما كلما كان ذلك ممكنا.

ملحق خاص ببعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا؛؛

1- المحكمة العليا ,غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 38331 قرار بتاريخ 1985/11/04.

قضية : (د-ح) ضد :(ن-ج)

عن الوجه الثالث والأخير : المبني عن خرق للقانون أو أحكام الشريعة الإسلامية وقلة وانعدام الأساس القانوني.

اعتمادا على القواعد الشرعية التي تقر للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله ولو لم تكن احتفظت بذلك الحق حين عقد الزواج أو سبق لها أن سكنت مع أقارب بعلها ثم اشتكت الضرر بسبب جوارهم .

حيث أن هذا الشأن أن وجه الطعن ينتقد القرار المطعون فيه بخرق تلك القواعد وذلك أنه ألزم الطاعنة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسيدي داود التي اشتكت سابقا من سؤ المعاشرة هناك.

فبهذا يكون قرار قضاة الاستئناف هضم حقا ثابتا للمرأة شرعا لا يمكن إبعاده بسبب إبعاده أزمة السكن بالجزائر أو غيرها.

وعليه يكون هذا الوجه لطعن سديدا ومقبولا .

ـــــــــــــــــــــــ المجلة القضائية,1989,عدد1,صفحة 101ـــــــــــــــــــــــ

2- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 33715 قرار بتاريخ 1987/06/25.

قضية :(ب ن- ب ع) ضد :(ف ح)

عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة الشريعة الإسلامية

حيث ان الشريعة الإسلامية قررت بأنه يعتبر بناء الزوجة انفراد هذه الأخيرة مع زوجها بحجرة ولو غلق باب بستار فقط .

حيث أن الطاعن لم يذكر الوسيلة التي توصل بها إلى اكتشاف أن المطعون ضدها كانت قبل ليلة الزفاف فاقدة للبكارة بدون أن يباشرها جسميا كما يزعم.

وحيث أن الفقه الإسلامي فرض بأنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها إلا إذا أن الزوج المطلق اشترط ذلك يوم الخطبة الشرعية أو يوم تحرير عقد النكاح معها .

وحيث أخيرا ان القاعدة المعمول بها شرعا وقضاء تفرض بأنه لا يحكم بفسخ عقد الزواج إلا إذا كان النكاح فاسدا شرعا كالمتزوج مع أخته من الرضاع أو المتزوج بخامسة ومثل ذلك .وحيث أن هذا الوجه غير سديد .

ـــــــــــــــــــــــ المجلة القضائية, 1989,عدد 4, صفحة 99ـــــــــــــــــــــــ

3-المحكمة العليا ,غرفة الأحوال الشخصية , ملف رقم 49575,قرار بتاريخ 1988/06/20.

قضية (ز-ع) ضد :(ت-أ ح)

فيما يتعلق بسببين معا المستدل بهما على طلب النقض :

من المقرر فقها أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد, ولا ينافيه كما اذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ولا يخرجها من مكان كذا أو من بلدها فكل هذه الشروط تدخل في باب الكراهة لما فيها من التحجير ولكنها لا تلزم الزوج بالوفاء بها ولا تؤثر في عقد الزواج .

وعليه فقضاة القرار المطعون فيه حينما ألزموا الزوج – بالعرف –بتعهده بالبقاء بزوجته بالجزائر العاصمة فإنهم خالفوا النصوص الشرعية وأقروا شيئا لم يقره القانون وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه مما يعيب

قرارهم ويعرضه للنقض في هذا القيد وحده وأولت القضية البت فيه للعمل على ضمان وتوفير السكن اللائق للمطعون ضدها بالمكان الذي يختاروه الطاعن .

4- المحكمة العليا ,غرفة الأحوال الشخصية ,ملف رقم 79233, قرار بتاريخ 1992/03/17.

قضية : (ر- أ) ضد : (ف – ف)

الإجابة على الوجهين معا :

حيث أن الطاعن يعترف بالزواج المبرم بينه وبين المطعون ضدها عرفيا , كما يعترف بالدخول بها والإقامة معها لمدة سبعة أيام حسب زعمه وخمسة أشهر حسب زعم المطعون ضدها وأن ذلك يعني أن الزواج قد تم بينهما شرعا وفق ما تقضي به الأحكام الشريعة الإسلامية الشئ الذي يترتب عليه كل ما يترتب على أي زواج صحيح ذلك أن الادعاء بفقدان المطعون ضدها لبكرتها قبل الدخول بها لا يغير شيئا من صحة الزواج وشرعيته ويبقى فقط للطاعن في حالة ما اذا تضرر من ذلك أن يتخذ ما يناسبه من مواقف سواء بطلب الطلاق أو التعويض إن اثبت وجود ضرر لحقه مما يدعيه بعد إثبات أنها لم تكن بكرا وقت الزواج , فالحكم المستأنف بقضائه بتسجيل الزواج وتسجيل الابن المولود بعد هذا الزواج وتأييدا القرار المطعون فيه له يكون قد طبق القانون والشريعة الإسلامية تطبيقا سليما سواء فيما يعود للمادة 9 من قانون الأسرة أو المادة 40 منه وقضاة الموضوع التزموا مبدأ الحياد ومبدأ شرعية الأدلة ولم يخرقوا المادتين 106-107 من القانون المدني , هذا وقد نوه القرار المطعون فيه بالاستماع إلى النائب العام في التماساته تطبيقا لأحكام المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية التي تم احترامها , ويرد الوجهان بذلك .

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

أولا :القرآن الكريم

ثانيا :الحديث الشريف وعلومه

1- البخاري, صحيح البخاري, الجزء الثالث, المكتبة العصرية, بيروت, الطبعة الأولى,1997

2- البخاري, صحيح البخاري, دار السلام للنشر والتوزيع ،الرياض,الطبعة الأولى , .1999

3-الترمذي ,سنن الترمذي,الجزء الثاني,دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ,بدون توزيع .

4- مسلم ,صحيح مسلم, الجزء الأول،دار الجيل،دار الأفاق الجديدة،بيروت،بدون سنة

5-مسلم،صحيح مسلم،معجم ثلاثون، دار السلام للنشر والتوزيع ،الرياض ،الطبعة الأولى ،1998

ثالثا:قواميس ومعاجم

1- بطرس البستاني ،محيط المحيط ،مكتبة لبنان ناشرون ،1979

2- محمد عبد الله قاسم ،دار صادر بيروت ،2000

رابعا :المؤلفات

أ- المؤلفات العامة

1-ابن تيمية ،أحكام الزواج ،تحقيق محمد عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية ،بيروت ،.1996

2-ابن تيمية ،مجموع الفتاوى،المجلد الثاني والثلاثون ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ،الرياض،الطبعة الأولى ,.1997

3- أحمد شوقي ،النظرية العامة للالتزامات ،منشأة المعارف،الإسكندرية ،.2004

4- أحمد فراج حسين ،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ،الدار الجامعية للنشر،مصر،بدون سنة

5- الرشيد بن شويخ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر ،الطبعة الأولى ،.2008

6- السيد سابق،فقه السنة ،المجلد الثاني ،دار الفتح للإعلام العربي ،الطبعة الشرعية العشرون ،.1997

7- الصادق عبد الرحمان الغرياني ،مدونة الفقه المالكي وأدلته ،الجزء الثاني ،مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى ،2002.

8-الكساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،الجزء الثالث ،دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع ،بيروت ،الطبعة الثانية ،.1998

9- أنور العمروسي ،المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،الطبعة الأولى،.2004

10-باديس ذيابي ,صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر ،.2007

11- بلحاج العربي،أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي ،الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،.1996

12- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول(الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،الطبعة الرابعة،.2005

13- بلحاج العربي،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006 ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، .2007

14- توفيق حسن فرج،النظرية العامة للالتزام ،القسم ا لثاني نظرية العقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ،.1993

15- شمس الدين ،قانون الأسرة والمقترحات البديلة ، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ،الطبعة الأولى ،.2003
16-عادل جبري محمد حبيب ،التنفيذ العيني للالتزامات العقدية ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،.2004
17-عبد الجليل علي ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (فقها وقانونا)، مكتبة وطبعة الإشعاع الفنية،الإسكندرية،2001 .
18-عبد الرزاق السنهوري،مصادر الحق في الفقه الإسلامي،الجزء الثالث،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،الطبعة الثانية ،.1998
19- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ،دار هومة للطبعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ،الطبعة الثانية ،.2009
20- عبد الكريم بلعيور ،نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن،المؤسسة الوطنية للكتاب للنشر ،الجزائر ،.2001
21 –عبدالكريم زيدان ،المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ،مؤسسة الرسالة ،الطبعة السادسة ،بدون سنة.
22- عبد الهادي بن زيطة ،تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر ،الطبعة الأولى ،.2007
23- عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي،دار الشروق،الطبعة الأولى ،.1991
24- علي علي سليمان ،دراسات في المسؤولية في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،الطبعة الثانية ،.1989
25-علي فيلا لي ،الالتزامات ،النظرية العامة للعقد ،موفم للنشر والتوزيع،الجزائر،.2008
26-علي محمد علي قاسم ،نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،.2004
32-عمر سليمان الأشقر ،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ،دار النفائس للنشر والتوزيع ،الأردن ،الطبعة الثانية ،1997 .
27-لحسين بن الشيخ أث ملويا ،قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر ،الطبعة الأولى ،.2008
28-محمد أبوزهرة ،أصول الفقه ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،بدون سنة.
29- محمد أبو زهرة ،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ،دار الفكر العربي ، القاهرة.
30-محمد تقية ،المختصر الوافي في أصول الفقه ،مؤسسة الكتاب الثقافية للطبع والنشر والتوزيع ،بيروت ،الطبعة الأولى ،.2000
31-محمد حسنين،نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي ،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر ،1988.

ب- المؤلفات المتخصصة :

1- رشدي شحاتة أبو زيد،
في وثيقة الزاج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي للنشر ،الطبعة الأولى ،.2001
2-زكي الدين شعبان ،نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ،دار النهضة العربية،القاهرة ،.1968
3-علي محمد علي قاسم ،التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،2005.

خامسا:المذكرات والرسائل العلمية

أ- رسائل الدكتورا:

1-حميد بن شنيتي ،سلطة القاضي في تعديل العقد،رسالة دكتورا ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،.1996

2- نذير بوصبع ،نظرية العقد عند الإمام ابن حزم دراسة أصولية فقهية مقارنة ،رسالة دكتورا ،كلية العلوم الإسلامية ،جامعة الجزائر ،2004-2005.

ب- مذكرات الماجستير:

1-أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ،مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية ،دار الجامعة الجديدة ، .2010

2-سعيد خدوش ،المشارطات العقدية في الزواج دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري ،المعدل سنة 2005،مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية ،جامعة الجزائر ،.2008

3-سعيد مقدم ،التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ،مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،.1982

4-صبيحة حمار لمطاعي ،الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة ،مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،1995-1996.

سادسا :المقـــالات

1- أ؛مد رباحي ،ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة دراسات قانونية ، نشر ابن خلدون تلمسان 2010، ،العدد السابع .

2-بدرية عبد الله العوضي ،وضعية المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،1987،العدد الثاني.

3-بلحاج العربي ،تفويت فرصة الزواج ،مجلة المحكمة العليا ،2010العدد الأول ،التعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ملف 372290،قرار بتاريخ 2006/11/15،مجلة المحكمة العليا ،العدد الثاني .

5-زكي الدين شعبان ،الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة والقانون ،مجلة القانون والاقتصاد 1955،السنة الخامسة والعشرون ،العددان الأول والثاني ،مطبعة جامعة القاهرة .

6- محمد سعيد جعفور ،الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ،1996،الجزء الرابع والثلاثون ،رقم أربعة ..

المراجع باللغة الأجنبية :

1-Ghaouti Benmelha office des publications ، le droit Algérien de la famille. Algérie 1993.،universitaires

2- Louisa hanifi ، revue l’exigence et le droit، droit et respect de la vie personne، 2010.،Ajed Edition

3-Sid ali ben chzneb le droit Algérien de la famille entre la ،3-Sid ali ben chzneb revue Algérienne des sciences juridiques économiques et ،tradition et la modernité n°1.، 1982،politiques

الفـــــــــهرس

المـــــــــقدمة

الفصل الأول : ماهية الشرط ألاتفاقي في عقد الزواج

المبحث الأول :مفهوم الشرط ألاتفاقي في عقد الزواج..... 1

المطلب الأول :تعريف الشرط..... 2

الفرع الأول: التعريف اللغوي للشرط 2

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للشرط.....2

المطلب الثاني :خصائص الشرط.....3

الفرع الأول :أنه أمر زائد على أصل العقد.....3

الفرع الثاني :أنه أمر مستقبل 3

الفرع الثالث : مشروعية الشرط 3

الفرع الرابع: أنه شرط جعلي..... 4

الفرع الخامس: أنه شرط تقييد 5

الفرع السادس : أنه شرط مقارن للعقد أو لاحق به 6

المبحث الثاني : الاشتراط في عقد الزواج بين الإباحة والحضر 7

المطلب الأول: الرأي القائل بإباحة الاشتراط في عقد الزواج 8

الفرع الأول : مضمون هذا الرأي 8

الفرع الثاني: أدلة هذا الرأي 9

أولا: من الكتاب 9

ثانيا: من السنة 10

ثالثا من الأثر 11
رابعا : من المعقول 11
الفرع الثالث: تقييم هذا الرأي 12
المطلب الثاني الرأي القائل بحضر الاشتراط في عقد الزواج 12
الفرع الأول : مضمون هذا الرأي 13
الفرع الثاني : أدلة هذا الرأي 13
أولا : من الكتاب 13
ثانيا: من السنة 14
ثالثا: من المعقول 15
الفرع الثالث : تقييم هذا الرأي 16
المطلب الثالث :القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج 16
الفرع الأول :احترام قواعد النضام العام والأداب العامة 17
الفرع الثاني : عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة 17
الفرع الثالث : جدية المصلحة 19
المبحث الثاني : تطبيقات لبعض صور الشروط في عقد الزواج 20
المطلب الول :الشروط المتعلقة بالزوج 20
الفرع الأ: اشتراط الزوج وصفا معينا في الزوجة 20
الفرع الثاني : اشتراط الزواج قرار زوجته في بيت الزوجية 21
الفرع الثالث : اشتراط الزوج على زوجته أن يكون له حق تأديبها 22
أولا : الوعض 22
ثانيا : الهجر في المضجع 22
ثالثا : الضرب 22
المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالزوجة 23
الفرع الأول :اشتراط الزوجة إكمال دراستها أو ممارسة عملها 23
أولا : شرط إكمال الدراسة 23
ثانيا : شرط عمل الزوجة 24
الفرع الثاني : اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها 25
الفرع الثالث : اشتراط الزوجة على زوجها إسكانها في بيت مستقل 26
الفرع الرابع :اشتراط الزوجة على زوجها دفع نفقة شهرية إذا طلقها 27
الفرع الخامس :اشتراط الزوجة أن تكون العصمة بيدها 29
المطلب الثالث : الشروط المالية في عقد الزواج 30
الفرع الأول :اشتراط الزوج على زوجته المساهمة في النفقة 30
الفرع الثاني: اتفاق الزوجين حول نضام الأموال المكتسبة بينهما 31
الفصل الثاني :الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط 32
المبحث الأول :إمكانية المطالبة بالوفاء بالشرط أمام القضاء 33
المطلب الأول: مراقبة القاضي تواجد الشرط في العقد 33
الفرع الأول:إثبات الشرط في حالة تدوينه في العقد 33
الفرع الثاني :إثبات الشرط في حالة عدم تدوينه في العقد 34
أولا : شهادة الشهود 35
ثانيا :الإقرار 36
ثالثا : النكول عن اليمين 37
المطلب الثاني : مراقبة القاضي صحة الشرط 38
الفرع الأول الشروط الصحيحة 38
أولا :في الفقه الإسلامي 38

ثانيا: في قانون الأسرة 39
الفرع الثاني :الشروط الباطلة 40
أولا في الفقه الإسلامي 41
ثانيا :في قانون الأسرة 42
المطلب الثالث :سلطة القاضي في الإجبار على تنفيذ الشرط 43
الفرع الأول :تنفيذ الشرط بحسن النية 43
الفرع الثاني : حالات لزوم الشروط في عقد الزواج 44
المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل أو نقض عقد الزواج 45
المطلب الأول :دور القاضي في إبطال الشرط وتصحيح عقد الزواج..... 45
الفرع الأول : تعريف إنقاص العقد 46
الفرع الثاني: شروط إنقاص الشرط المقترن بعقد الزواج 46
أولا :بطلان الشرط 46
ثانيا : الشرط أمر زائد عن أصل العقد 46
الفرع الثالث:أثار إنقاص الشرط 47
المطلب الثاني : سلطة القاضي في إبطال عقد الزواج 47
الفرع الأول : صاحب الحق في التمسك ببطلان عقد الزواج 48
أولا : المصلحة قوام التمسك بالبطلان 48
ثانيا : المحكمة 48
ثالثا : النيابة العامة 48
الفرع الثاني : أثار بطلان عقد الزواج 48
أولا :وجوب العدة 49
ثانيا :وجوب مهر المثل 49
ثالثا : ثبوت النسب 49
رابعا : ثبوت حرمة المصاهرة 50
المطلب الثالث : سلطة القاضي في تعديل او نقض الشرط 50
الفرع الأول :أسباب تعديل او نقض الشرط 50
الفرع الثاني :حدود سلطة القاضي في تعديل او نقض الشرط 51
أولا: شروط تطبيق نظرية الضر وف الطارئة 51
ثانيا :كيفية رد الالتزام المرهق 52
المبحث الثالث :الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط 53
المطلب الأول : الدفع بعدم التنفيذ 53
الفرع الأول :شروط الدفع بعدم التنفيذ 53
أولا :أن يكون العقد ملزم للجانبين 53
ثانيا :أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء 53
الفرع الثاني :أساس الدفع بعدم التنفيذ 54
الفرع الثالث :حق الزوجة في حبس نفسها عن زوجها 54
المطلب الثاني: فسخ عقد الزواج 55
الفرع الأول:شروط فسخ عقد الزواج 56
الفرع الثاني :التمييز بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط 56
الفرع الثالث :مسقطات حق الزوجة في فسخ عقد الزواج 57
أولا :الرضا بإخلال الزوج بالشرط 57
ثانيا :زوال سبب الشرط 57
ثالثا:استحالة تنفيذ الشرط 57
المطلب الثالث :تعويض الضرر 58
الفرع الأول :شروط الضرر الموجب للتعويض 58

الفرع الثاني:أنواع التعويض 59
الفرع الثالث :تقدير التعويض..... 60
خاتمة 62
ملحق خاص ببعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا 64
قائمة المراجع 66